

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Instituto de Derechos Humanos:

Bartolomé de las Casas



TESINA

“Estudio de casos sobre prejuicios sexistas en la jurisprudencia española en materia de delitos de violación : el concepto de penetración y los criterios para la valoración de la declaración de la víctima ”

Presentada para optar el grado de:
Máster oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos

Alumna: María Natalia Buenahora Streithorst

Directora: María Eugenia Rodríguez Palop

Getafe-Madrid

Mayo de 2013.

Estudio de casos sobre prejuicios sexistas en la jurisprudencia española en materia de delitos de violación

**El concepto de penetración y los criterios para la valoración de la
declaración de la víctima**

Universidad Carlos III de Madrid
Master en Estudios Avanzados en
Derechos Humanos - MEADH



Estudio de casos sobre prejuicios sexistas en la jurisprudencia española en materia de delitos de violación

El concepto de penetración y los criterios para la valoración de la declaración de la víctima

Autora:

María Natalia Buenahora Streithorst

Directora:

Profa. Dra. María Eugenia Rodríguez Palop

Trabajo final de investigación - Getafe - Mayo de 2013

Tabla de contenido

Presentación	9
Introducción.....	11
CAPÍTULO I: ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN.....	16
1. Otros estudios de decisiones judiciales sobre violencia sexual y sexismo ...	19
1.1 Una mirada internacional.....	19
1.2 La situación en España	23
2. ¿Por qué este estudio?	26
CAPÍTULO II: OBJETIVOS	29
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA.....	31
1. Tipo de estudio.....	31
2. Muestra	32
2.1 Criterios de selección	32
2.1.1 Tipo de delito	33
2.1.2 Grado del delito	33
2.1.3 Temporalidad.....	36
a. Fase preliminar	36
b. Segunda fase.....	36
2.1.4 Perfil de las víctimas y del victimario.....	36
2.2 Método de búsqueda	37
2.2.1 Fase preliminar.....	37
2.2.2 Segunda fase	38
3. Caracterización	39
3.1 Cantidad de fallos revisados y analizados.....	39
3.1.1 Fase preliminar.....	39
3.1.2 Segunda fase	39
3.2 Identificación de la muestra	40
3.3 Características.....	41
3.3.1 Nivel Judicial	41

3.3.2 Sexo del juez.....	41
3.3.3 Sentido del fallo.....	42
3.3.4 Año del fallo.....	42
3.3.5 Aspectos temáticos relevantes.....	42
4. Análisis	43
4.1 Procesamiento y estudio de los casos	43
4.1.1 Fase preliminar	43
4.1.2 Fase posterior	44
4.2 Análisis y resultados	45
CAPÍTULO IV: CRITERIOS PARA EL ANÁLISIS DE LOS CASOS	47
1. Prejuicios sexistas y estereotipos discriminatorios de género	47
2. Protección jurídica de las mujeres en relación con la discriminación	49
2.1 Estándares generales	50
2.2 Estándares en materia del concepto de penetración.....	53
a. Normatividad.....	54
i. El Estatuto de la Corte Penal Internacional	54
ii. El Código Penal italiano	57
b. Jurisprudencia.....	60
i. Tribunal Penal Internacional de Ruanda: Caso Akayesu	60
ii. Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia: Caso Furundzija	61
2.3 Estándares en materia de valoración de la declaración de la víctima .	61
a. Normatividad.....	61
i. Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de la Corte penal Internacional y del Tribunal Penal Internacional par ala Ex Yugoslavia 61	
b. Jurisprudencia.....	63
i. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T 453 de 2005.....	63
ii. Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia: Casos Tadic, Foca, Alekvoski y Furundzija	66
c. Políticas públicas internacionales	67
i. Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer de las Naciones Unidas.....	67

CAPÍTULO V: HALLAZGOS DEL ESTUDIO	71
1. El concepto de penetración en la jurisprudencia española	71
1.1 Definición técnica.....	72
1.2 En relación con la tentativa y el bien jurídico.....	75
2. La valoración de la declaración de la víctima de violencia sexual en la jurisprudencia española	80
2.1 La dificultad probatoria	80
2.2 Criterios para la valoración de la declaración de la víctima.....	83
2.2.1 Corroboración del testimonio	88
2.2.2 Experiencia sexual de la víctima	93
2.2.3 Reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia	94
CAPÍTULO VI: ANÁLISIS Y CONCLUSIONES.....	100
1. Sobre el concepto de penetración.....	100
2. Sobre la valoración de la declaración de la víctima	117
2.1 Corroboración del testimonio.....	118
2.2 La experiencia sexual de la víctima	122
2.3 Las reglas de la ciencia, la lógica y la experiencia	127
CAPÍTULO VII: RECOMENDACIONES.....	134
Referencias	138

Presentación

Esta investigación, muestra los resultados de un estudio de casos de la jurisprudencia española en materia de delitos de violación, que tiene por objetivo general la identificación de prejuicios sexistas en las sentencias.

Se presenta como tesina de fin de grado, requisito académico del Master en Estudios Avanzados de Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid, en el marco de los objetivos del plan de estudios, relacionado especialmente con las áreas de filosofía política y teoría crítica del Derecho.

La igualdad de género representa un supuesto fundamental de cualquier sociedad que se precie de justa y democrática, dado que implica el reconocimiento de las mujeres como sujetos de derecho y la protección por parte de las diferentes ramas del Estado frente a las situaciones tendientes a discriminarlas.

Este trabajo aborda la violencia contra las mujeres y la discriminación desde el análisis de sentencias, un ámbito desde el cual de manera práctica puede evaluarse y monitorearse la eficacia del acceso a la justicia para las mujeres, como indicador de la igualdad de género en el ámbito jurídico.

Acá se ponen en evidencia falencias que existen en materia judicial en el compromiso internacional del Estado, en lo que a la judicialización y sanción de los delitos sexuales, especialmente del delito de violación, se refiere. Por la misma razón presenta resultados útiles para proponer alternativas para la superación de la impunidad y la desigualdad, como el diseño de políticas públicas o modificaciones legales y de prácticas judiciales.

Sin sustentos fácticos que pongan en evidencia los logros que se han alcanzado pero también los desafíos que quedan por emprender, los análisis teóricos quedan débiles frente al objetivo de producir conocimientos para proponer cambios en una sociedad determinada.

Este trabajo es un intento de aportar a un debate académico que lleve a pensar nuevos retos frente al objetivo de la transformación de la cultura patriarcal, desde lo que limitadamente se puede lograr a partir del ámbito jurídico.

Introducción

El contexto español respecto de la violencia sexual aparece como un panorama falto de investigación, sobre todo en materia de monitoreo y evaluación. En este sentido, la profesora Rodríguez Palop (2011) ha sostenido, que en relación con los delitos sexuales, la información está desactualizada, incompleta y muchas veces los datos no coinciden en las fuentes oficiales.

Como consecuencia de lo anterior no se sabe cuál es la dimensión de la criminalidad real que afecta a las mujeres, dado que ni siquiera se cuenta con información respecto del total de casos que se denuncian en el país: qué delitos; en qué proporción por sexo y otras características relevantes de la víctima; cuántos se resuelven y en qué sentido.

La falta de información desagregada respecto de los delitos que afectan a las mujeres y la forma en la que estos son procesados y resueltos por el sistema de justicia, evidencia el desinterés por parte del Estado en la adopción de medidas que contribuyan a la erradicación de la violencia contra las mujeres.

Sin presupuestos tan básicos como el anterior, resulta imposible que el Estado pueda evaluar en qué grado las medidas que ha adoptado para erradicar la violencia contra las mujeres han resultado efectivas, así como determinar cuáles son los principales desafíos que tiene por delante.

A su vez, Rodríguez Palop (2011) ha señalado que “si aceptamos que para medir la violencia de género en un Estado también son relevantes los datos administrativos sobre la actividad judicial, la información de que disponemos en este ámbito es también insuficiente (quizá con la excepción de los datos acerca de la violencia doméstica y en el seno de las parejas o ex parejas) y, en ciertos casos, claramente desalentadora”.

Lo anterior solo se suma a las razones por las cuales un estudio que se adentre en la realidad del tratamiento de la violencia sexual en España como el

que acá se propone, busca desvelar cuánto se han superado los estereotipos sexistas en las decisiones judiciales.

Con miras a ello se adelantó un proceso de investigación basado en dos etapas. La primera un estudio preliminar o estado del arte de la cuestión, y la segunda, una validación de las tendencias identificadas en ese estudio, en jurisprudencia actual.

El estudio preliminar estuvo acotado a 8 sentencias y consistió en un primer abordaje del universo de la jurisprudencia española, que permitió conocer la estructura de las sentencias, el lenguaje jurídico penal y los problemas jurídicos reiterados. El análisis de dichos problemas jurídicos arrojó como resultado la identificación de unas tendencias problemáticas en la forma en la que se judicializa el delito de violación en España.

Con posterioridad al resultado de ese estudio preliminar, se identificó un nuevo universo de sentencias para el ejercicio de investigación de los hallazgos previos, en jurisprudencia reciente. Estas estuvieron limitadas, además de los criterios temáticos, al factor de la actualidad, con lo cual, solo se buscaron sentencias del año 2012. Después de seguir una metodología de búsqueda y descarte, se concluyó con un número de 16 casos para analizar.

Con este segundo grupo de sentencias se siguió el mismo procedimiento de análisis utilizado en la fase preliminar, orientado en concreto por las tendencias problemáticas que en ella se identificaron.

Como resultado, este trabajo de investigación muestra el análisis de 23 sentencias sobre el delito de violación sexual. En la sección del documento que aborda la metodología, está ampliamente explicado el proceso de construcción del universo de estudio, con el fin de tener claridad sobre la muestra e identificar los criterios a partir de los cuales se validan los resultados del análisis.

El documento está dividido en siete capítulos. El primer capítulo recoge los antecedentes y justificación que sustentan el trabajo de investigación, poniendo

de manifiesto la importancia que ha tenido el tema y su vigencia como problemática a continuar estudiando.

A continuación, se presenta un barrido sobre los estudios, tanto en el panorama internacional como en España, sobre decisiones judiciales en materia de violencia sexual y sexismo. Ello con un objetivo de legitimar y fundamentar este trabajo y de estudiar experiencias para guiar la metodología.

Luego se explican los alcances de la investigación, sus justificaciones contingentes y las razones por las cuales se ha escogido la jurisprudencia sobre violación en la modalidad de tentativa para el estudio.

El segundo capítulo está dedicado a enunciar los objetivos del estudio.

El capítulo tercero, se ocupa de la metodología del estudio. Se señala en primer lugar la naturaleza de la investigación cualitativa del tipo de estudio casos que responde a las características de este trabajo. A continuación, se enuncian las etapas de la investigación y se identifica la composición de la muestra, tanto respecto de los criterios de selección, como de los métodos de búsqueda.

Se enseña una caracterización objetiva que indica la cantidad de fallos revisados, cuántos de ellos fueron analizados y qué comportamiento tienen en la muestra las variables de fecha, sexo de quien es ponente de la sentencia, el sentido del fallo y los niveles judiciales a los que estos corresponden. Y, finalmente cerrando el tercer capítulo, se aborda el procedimiento de estudio de las sentencias, explicando la utilización de una perspectiva transaccional como el método de análisis.

La sección es amplia y bastante descriptiva en tanto el diseño y ensayo de la metodología constituye un aporte más del estudio, como aprendizaje para futuras experiencias similares.

El cuarto capítulo recoge los criterios para el análisis de los casos. Primero, precisa el concepto de prejuicios sexistas y estereotipos de género. A continuación, señala tanto los estándares generales en materia de protección de las mujeres, específicamente los contenidos en la Convención de todas las formas de discriminación contra la mujer – CEDAW, y posteriormente se presentan estándares en materia del concepto de penetración sexual y credibilidad del testimonio de la víctima en casos de violación. Estos estándares son tanto internacionales como nacionales, y son de tipo normativos, de jurisprudencia y política pública.

En el quinto capítulo se presentan los hallazgos producto del estudio de las sentencias respecto del concepto de penetración y sobre la valoración de la declaración de la víctima en casos de violencia sexual.

El capítulo número seis concluye el estudio. Es el más importante, estableciendo el análisis de los hallazgos previamente enunciados, a la luz de los estándares recogidos en el capítulo cuarto. Este apartado da respuesta a la pregunta de investigación sobre la existencia o no de prejuicios sexistas y la identificación de cómo ellos constituyen discriminación y violencia contra las mujeres, especialmente de las víctimas de violencia sexual.

Finalmente, en el séptimo y último capítulo, se encontrarán las recomendaciones que surgen producto del análisis, en aras de buscar la eliminación de los prejuicios sexistas en la práctica judicial en relación con los delitos de violación sexual.

Es importante recordar que las conclusiones del estudio están referidas específicamente a la muestra y a ella deben ceñirse, sin pretender extrapolar sus conclusiones al comportamiento del total de la jurisprudencia española en el tema.

Considerando trabajos de investigación previos realizados en Colombia por la autora, en algunos puntos se traen razonamientos de la jurisprudencia como apoyo en doctrina penal, o ejemplos de situaciones parecidas que se han

encontrado en la práctica judicial, sin que en todo caso el objeto del presente documento sea el de un estudio de derecho comparado.

La incorporación de la perspectiva de género en el lenguaje del documento es intencional, utilizando conceptos como “la judicatura” o “el tribunal”, como sujetos neutros genéricamente. No obstante, en algunos casos se determina el género en el sujeto de manera voluntaria. Esto es, que cuando se diga específicamente “el juez” o “la jueza” es porque se refiere al sexo de el/la ponente del fallo.

También es necesario señalar que las identidades de las víctimas y victimarios fueron ocultadas, siendo reemplazadas solo con las iniciales. Respecto de las víctimas, como forma de proteger su intimidad y evitar que el presente trabajo pueda conllevar a una eventual revictimización. Y, en relación con los victimarios, porque no es importante la individualización del perpetrador para el estudio.

Con referencia a lo anterior, es primordial señalar, así como manifestar preocupación al respecto, que en ninguna de las sentencias analizadas se tuvieron en cuenta medidas para proteger la intimidad y vida privada de las víctimas, incluso cuando fueron menores de edad.

Se espera que el documento consiga una presentación clara y coherente del estudio, y despierte el interés en el tema en quienes lo evalúen y consulten. Ello en sí mismo, constituiría un logro para los objetivos de incidencia del presente trabajo de investigación.

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES Y JUSTIFICACIÓN

La justicia de género es determinante para la construcción de un sujeto social practicante de la ciudadanía, la democracia y el respeto de los derechos humanos; lo cual incluye una vida libre de violencias y discriminación para las mujeres. Para ello, es trascendental el cumplimiento de las obligaciones estatales de erradicar, investigar, juzgar y sancionar todas las prácticas de violencia basadas en el género, que implican la abstención de la perpetración de tales prácticas a través del funcionariado judicial y la remoción de todo tipo de obstáculos para su justa persecución y sanción¹.

Sin embargo, el ejercicio del acceso a la justicia por parte de las mujeres víctimas de violencia de género se ve enfrentado a un sinnúmero de obstáculos que hacen de tal derecho, en algunos casos, una ficción.

En Colombia, por ejemplo, investigaciones académicas han establecido que, en materia penal, estos obstáculos obedecen a la naturaleza misma de los sistemas penales acusatorios y al mantenimiento de prácticas judiciales que carecen de alguna perspectiva de género (Báez, Barraza, Buenahora, Caicedo y López, 2008).

Se ha evidenciado una protección procesal del victimario y una desprotección de la víctima que se materializa en: una diferencia sustancial en las garantías que se dan para asegurar que se tomen decisiones libres, voluntarias e informadas dentro del proceso; una garantía de publicidad que prevalece sobre la protección de la dignidad de la víctima; una ausencia de garantías, a diferencia de la parte procesada, de representación de sus intereses en los procesos; una protección de la libertad del procesado aunque ello implique desprotección en la seguridad de la víctima; un sistema probatorio complejo impermeable a las realidades de la violencia de género; y una ausencia de

¹ Sobre las obligaciones del Estado en relación con la eliminación de la violencia contra las mujeres, que incluye la eliminación de estereotipos sexistas en los fallos judiciales, ver el acápite sobre “Estándares generales”, en el capítulo IV.

garantías procesales para hacer efectivo el derecho a la reparación (Báez, *et al*, 2008).

Los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH sobre el acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia las Américas (2007), para las víctimas de violencia sexual en Mesoamérica (2011) han establecido conclusiones similares.

Sin embargo, hay un factor transversal permanente que obstaculiza el acceso a la justicia para las mujeres, y es la discriminación histórica que las afecta y el desconocimiento de esta realidad en la práctica jurídica. Esta discriminación, que también se materializa en aquellos obstáculos mencionados, se hace más evidente en la inclusión de prejuicios sexistas en las sentencias judiciales ,especialmente cuando se trata de violencia sexual.

Esta situación se muestra relevante por dos razones. Por un lado, porque ya es un asunto de preocupación internacional recogido en el derecho internacional de los derechos humanos y, por el otro, por el papel tan predominante que en las sociedades actuales tienen los pronunciamientos judiciales en materia de transformación cultural.

En el plano del derecho de acceso a la justicia, los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos piden a los Estados garantizar que las instituciones procesales y las prácticas judiciales reconozcan en pleno los derechos de las mujeres, incluyendo la eliminación de todo tipo de prejuicios sexistas y estereotipos discriminatorios como fundamento para la atención y judicialización de los casos (Cook y Cusack, 2010).

Por el otro lado, la justicia de género ha revelado el significado social que tienen los pronunciamientos judiciales, en tanto van más allá de una decisión de responsabilidad penal (Matus y Frías, 1999). En nuestras sociedades, el Derecho tiene un lugar preponderante en el delineamiento de los comportamientos aceptables e inaceptables y, además de contenerlos, construye los ideales y valores, reflejando la moralidad social juridificada y

definiendo una frontera entre lo tolerado y lo que socialmente se espera sea castigado.

En este sentido, conocer la forma como se está administrando justicia en casos de violencia sexual contra las mujeres es fundamental, ya que los contenidos de los fallos contribuyen a determinar socialmente las posibilidades de superación de la discriminación y alcanzar la igualdad sustantiva o a perpetuar las relaciones de poder desiguales entre los sexos, naturalizar la violencia contra las mujeres y acrecentar la discriminación.

Para conseguir la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, debe ser prioritaria la eliminación de estereotipos de género y los prejuicios que ellos envuelven. Tratar a las mujeres de acuerdo con generalizaciones sexistas en lugar de sus necesidades, habilidades y circunstancias, constituye una negación de sus derechos y libertades fundamentales, siendo su superación una obligación del Estado, como lo han demostrado recientes estudios (Cook y Cusack, 2010).

Desde la mirada epistemológica de la producción de los fallos judiciales, asumiendo el paradigma de la crisis que enfrenta la objetividad como forma de producción del conocimiento y reconociendo que los seres humanos abordamos la realidad desde un lugar y un contexto específico, es un hecho que nuestros razonamientos están condicionados significativamente por el entorno, incluidos los razonamientos judiciales (Nieto, 2003). Por esta razón, de existir estereotipos y prejuicios sexistas en la sociedad, también aparecerán acá.

Dado que es sobre la sexualidad donde más se anclan prejuicios y estereotipos sexistas (Millet, 2000; Firestone, 1993; Mackinnon, 1995) el análisis de sentencias sobre violencia sexual, especialmente sobre violación², es un escenario propicio para acercarse al imaginario social patriarcal, que se cuela

² En este documento con el concepto de violación y/o acceso carnal violento, se hace referencia al delito de “agresión sexual” contemplado en el artículo 179 del Código Penal Español. Se utilizan los tres términos indistintamente.

también entre los esfuerzos de objetividad que exige la función judicial. Esto incluso en el marco de las sociedades más avanzadas en cuestiones de igualdad de género en el mundo, como la española, en donde estos delitos siguen siendo proclives a ser considerados de manera sexista.

1. Otros estudios de decisiones judiciales sobre violencia sexual y sexismo

1.1 Una mirada internacional

La inquietud sobre la incorporación de prejuicios machistas al momento de decidir judicialmente delitos sexuales ha estado presente en varias investigaciones en todo el mundo, desde hace bastante tiempo. Varias teorías feministas que abordan el sexismo han basado sus postulados en estudios de jurisprudencia, y son bastantes las acciones, programas o proyectos, de seguimiento y análisis de este tipo de casos judiciales en relación con el cumplimiento de estándares internacionales de derechos humanos (principalmente llevados a cabo por organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales).

En el Reino Unido, se conocen recientes proyectos muy interesantes en el tema, como el *Feminist Judgment Project* que plantea una visión materializada de lo que sería el sistema judicial si estuviera compuesto por más jueces y juezas feministas. Más de 50 personas de la academia, practicantes y activistas se unieron para volver a producir 23 fallos del Derecho inglés que habían sentado precedentes importantes en materia de derechos de las mujeres, esta vez desde una lectura feminista (Hunter et al., 2010).

En las Américas se encuentra abundante literatura. En Estados Unidos y Canadá, existe un especial interés por la atención legal y judicial al delito de violación. Destacan en Estados Unidos estudios de casos como los de Catherine Mackinnon (1995), que ponen en evidencia la forma discriminatoria en que denuncias de violencia sexual se han decidido en los tribunales judiciales, sentando antecedentes patriarcales y opresores para las mujeres.

En Canadá, se encuentran, por ejemplo, los estudios al respecto de Carol Smart (1995), una feminista criminóloga, quien con el análisis de alguna jurisprudencia sobre violencia sexual publicó su libro *Derecho, crimen y sexualidad*, planteando el desafío de luchar contra el sexismo tradicional del derecho y la criminología sobre las mujeres.

El contexto latinoamericano no es la excepción. El proyecto de la Articulación Regional Feminista del *Observatorio regional de sentencias judiciales* hace seguimiento en Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia, Argentina y Chile en materia de derechos de las mujeres, en especial sobre delitos sexuales, generando análisis de su contenido y sentido del fallo desde una perspectiva de género sensitiva³.

La organización Women`s Link Worlwide, con sede en España y Colombia, cuenta también con un observatorio de género y justicia. Es un proyecto que busca construir una herramienta de consulta en relación con el seguimiento y evaluación en materia de reconocimiento de los derechos de las mujeres, de sentencias de cortes y tribunales nacionales, regionales e internacionales, en las que se resuelven casos que involucren decisiones al respecto. Entre otros varios temas, se encuentran aquellas clasificadas como “acoso sexual”, “explotación sexual” o “libertad sexual”, y se pueden encontrar los fallos judiciales y su respectivo análisis crítico⁴.

Esta organización también apoya el proyecto *Premios de Género y Justicia al Descubierto* en el que anualmente se recogen postulaciones del público sobre sentencias de todo el mundo que incorporen las mejores y las peores prácticas

³ El Observatorio es reciente (2010) y el resultado de su análisis puede consultarse en la primera publicación: *Coordinadora de la Mujer, Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y la Justicia de Género, Análisis Regional de Sentencias Judiciales: consecuencias en los Derechos de las Mujeres. Argentina – Bolivia – Chile – Colombia – Ecuador - Perú*, La Paz, agosto de 2011. El Observatorio de sentencias judiciales, los boletines y la publicación anual están disponibles en línea en <http://www.articulacionfeminista.org>

⁴ El Observatorio de Género y Justicia está disponible en línea en <http://www.womenslinkworldwide.org/observatory/>

en materia de derechos de las mujeres⁵. Al final, solo una sentencia es premiada en las categorías *Garrote* para la peor y *Mallette* para la mejor. El año pasado por España, estuvo postulada una sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (2010), en la que un hombre acusado de violar a su esposa no fue hallado culpable porque no encontraron probada la resistencia física de la víctima, lo cual no desmintió que fuera un acto consentido⁶. Los pronunciamientos en materia de derechos sexuales y reproductivos se han llevado la mayor cantidad de premios *Garrote*⁷.

En México, un estudio del profesor e investigador Fondevila (2009), miembro de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), publicó un análisis de jurisprudencia realizado sobre violencia sexual, en el que mostró la ambigüedad social y moral pública en las decisiones judiciales entre 1917 y 2006. De los resultados concluyó que sobre los casos en donde se encuentre vinculada una mujer dedicada a la prostitución, “sin ninguna necesidad (al menos legal) el sistema judicial aprovecha la circunstancia para opinar moralmente sobre la prostitución y castigarla legalmente en la medida de sus posibilidades, dado que la actividad en sí misma no está prohibida”.

En Colombia, el equipo de investigación de la Corporación Humanas publicó un estudio de jurisprudencia en casos de delitos sexuales (Buenahora, Benjumea, Poveda, Caicedo y Barraza, 2010), el cual hace un análisis de más de 150 sentencias, encontrando que un 20% incorpora prejuicios sexistas como argumentos para el fallo y que solo un 4% de la muestra se ciñe cabalmente a estándares internacionales de derechos humanos.

La investigación *La mirada de los jueces: género y sexualidad en la jurisprudencia latinoamericana*, apoyada por la American University

⁵ Información sobre este proyecto está disponible en línea en <http://uncovered.womenslinkworldwide.org>

⁶ En el mismo sentido, por ejemplo, Audiencia Provincial de León, 2011, Sentencia 033.

⁷ Incluida una sentencia de la Corte de Preston Crown, en Inglaterra, en la que el juez le ordenó al jurado emitir un veredicto de no-culpable en un proceso de violación porque la mujer había hablado de sus fantasías sexuales por chat.

Washington College of Law y Center for Reproductive Rights (Motta y Sáenz, eds., 2008) es una lectura detenida en clave de género y derechos humanos, de importantes y trascendentales decisiones judiciales de tribunales o juzgados latinoamericanos, resaltando el estudio de sentencias sobre violencia sexual.

Así como estos, otros estudios similares se conocen en Guatemala (Montepeque, 2013) y Santo Domingo (Consejo del Poder Judicial, 2009).

Sobre la jurisprudencia en África, los estudios posteriores a las sentencias del Tribunal Penal para Ruanda y la Ex Yugoslavia, criticaron positivamente los avances que en materia de judicialización de la violencia sexual en contextos de conflicto armado [las decisiones de los casos Akayesu (1998), Foca (2001), Tadic (1997) y Furundzija (1998)] significaron respecto de la incorporación de la perspectiva de género en su análisis⁸.

Incluso en Oceanía, se publicó un estudio realizado por un profesor emérito de la Florida International University College of Law (Zom, 2010), que aborda las paradojas sexistas en la judicialización de casos de violación en las Cortes de Papúa Nueva Guinea.

A nivel de organismos internacionales, las Naciones Unidas cuenta con una oficina especial de monitoreo de casos de violación en el mundo, llamada *Stop rape now*⁹. Esta agencia realiza un seguimiento juicioso sobre el funcionamiento de los sistemas judiciales y el ejercicio de la función de la judicatura en los estándares utilizados para la decisión sobre delitos de violación. Aunque su especialización es sobre aquella violencia sexual cometida en contextos de conflicto armado, su tarea para el apoyo a la sensibilización y formación en derechos humanos para el funcionariado judicial y otros tomadores de decisión es de destacar como un antecedente importante

⁸ Por ejemplo Caicedo, et. al, 2009.

⁹ El programa *UN Action Against Sexual Violence in Conflict (UN Action)* trabaja en unión con 13 otras entidades de las NU, con el objetivo de ponerle fin a la violencia sexual cometida en conflicto armado. Es un esfuerzo concentrado del sistema de la Organización de las Naciones Unidas para mejorar la coordinación y la transparencia, ampliando las posibilidades del ejercicio de *advocay*, y brindar apoyo a los esfuerzos nacionales en la prevención de la violencia sexual, así como responder de manera efectiva a las necesidades de los y las sobrevivientes. Información disponible en línea en <http://www.stoprapenow.org/>.

en el marco de las investigaciones preocupadas por el tratamiento judicial de la violencia sexual en el mundo.

Actualmente, en el ámbito internacional el avance más significativo en materia de protección de los derechos de las víctimas de violencia sexual en el ámbito judicial se encuentra materializado en la regla 70 de procedimiento y prueba del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI,1998). Este artículo establece la prohibición de recibir evidencia alguna relacionada con el pasado sexual de la víctima o con su vida privada, que no se debe requerir la corroboración del testimonio de la víctima, y que en ningún caso la ausencia de resistencia puede ser considerada como consentimiento al acto sexual. Este alto estándar en la judicialización de los delitos de violencia sexual fue producto de las labores de investigación e incidencia que del Caucus de Mujeres – Iniciativa de Mujeres por la Justicia de Género¹⁰.

El panorama anterior muestra cuánto se ha abordado de manera práctica el estudio de sentencias judiciales en materia de delitos de violencia sexual, así como la generalizada preocupación por encontrar los obstáculos que siguen impidiendo la realización efectiva de los derechos humanos para las mujeres, identificando el sexismo como uno de ellos.

1.2 La situación en España

Ahora bien, aunque el panorama internacional aparece nutrido de análisis al respecto de argumentaciones judiciales en casos de violencia sexual, la situación al interior del país español no es parecida.

En general, sobre la violencia de género, España rebosa de literatura, investigaciones, proyectos, normas y políticas públicas. Entre los países hispanoparlantes, fue quien primero incorporó una legislación específica sobre

¹⁰ Los caucus temáticos de la Coalición por la Corte Penal Internacional - CCPI fueron iniciativas para asegurar que las perspectivas de ciertos grupos se incorporarán en la negociación y redacción del proyecto de un Estatuto para la CPI, así como su participación en la Conferencia de Roma en 1998. Se constituyeron caucus de mujeres, niños, víctimas, cuestiones de fe y del movimiento anti nuclear. Información disponible en línea en la Coalición por la Corte Penal Internacional <http://www.iccnw.org>

el tema y se convirtió en centro de transferencia de experiencias en la materia para Iberoamérica, fundamentalmente a través del trabajo de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo – AECID.

El *Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género*¹¹, anualmente presenta informes sobre el tratamiento de las violencias en el sistema judicial, especialmente las referidas a situaciones de feminicidio¹², y en el 2009 publicaron un análisis sobre la aplicación de la ley integral contra las violencias de género por parte de las Audiencias Provinciales. Los resultados son interesantes y muestran las falencias del sistema, y desde una lectura fina puede llegarse a visualizar el modo en que se utilizan los estereotipos y prejuicios sexistas al analizar los casos. Sin embargo, no se resaltan como conclusión en los estudios ni se muestra como preocupación central, menos específicamente para casos de violencia sexual.

Así mismo, centros de investigación como *Antígona*, de la Universidad Autónoma de Barcelona, trabajan en la línea de la violencia de género, el derecho y los sistemas judiciales penales¹³. Varias han sido las publicaciones en las que se toca el tema central que propone este proyecto, como en *Derecho, Género e Igualdad, cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas* (Heim y Bodelón, coords., 2010), en donde se aborda la construcción patriarcal de las relaciones sexuales y afectivas y cómo ello tiene una repercusión en el derecho y su aplicación. También en otras publicaciones como *Atractivo sexual femenino ¿biología o cultura?* (Galindo, 2007) y *Erotismo y conducta sexual* (Galindo, 2005) se recogen análisis interesantes en relación con las estructuras jurídicas.

¹¹ Integrado por el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Igualdad, la Fiscalía General del Estado, las Comunidades Autónomas con competencias transferidas en Justicia y el Consejo General de la Abogacía Española.

¹² Todos los estudios están publicados y disponibles en línea en la página del poder judicial <http://www.poderjudicial.es>

¹³ Información del centro de investigaciones está disponible en <http://antigona.uab.cat> Una búsqueda por sus publicaciones, proyectos y líneas de trabajo dan cuenta de los resultados del centro en la materia.

Por otro lado, está el estudio reciente Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales que releva los resultados de una investigación sobre la respuesta que dan a las mujeres en situación de violencia de género los sistemas judiciales de varios países europeos, entre ellos España (Bodelón, comp., 2012). Como conclusión general se advierten obstáculos en el acceso a la justicia para las mujeres de diferente tipo (estructural del sistema jurídico, legislativas, de aplicación de medidas específicas para este tipo de violencia, etc.). Sin embargo, el análisis de decisiones judiciales en búsqueda de prejuicios sexistas como uno más de esos obstáculos, no aparece claramente.

Así las cosas, aunque se encuentran estudios diseminados que dan contingentemente con el asunto que acá se busca tratar, no se ven análisis articulados, directamente aplicados a los razonamientos de las decisiones judiciales en materia de violencia sexual en relación con el sexismo y los estereotipos de género. Por esta razón podría afirmarse la existencia de un vacío en la aplicación de la teoría producida por los centros de investigación y observatorios de género en el análisis concreto de las sentencias judiciales y prejuicios sexuales machistas¹⁴.

En este contexto, llama la atención replicar las investigaciones que respecto del interés de este estudio se han adelantado intercontinentalmente, en las que se buscó examinar desde una perspectiva de género las sentencias judiciales que tratan sobre violencia sexual, para con ello generar indicadores para monitorear los tribunales españoles en este aspecto, sumado al interés ya existente de hacer seguimiento a la judicatura en materia de violencia machista.

¹⁴ No obstante, la vasta literatura sobre violencia de género en general fue de trascendental importancia para esta investigación y constituyen un fundamento para el análisis.

2. ¿Por qué este estudio?

El interés de este estudio es la aproximación al ejercicio judicial en casos de violencia sexual, pero nació de un caso de violencia física contra una mujer; en el que se constató que las valoraciones hechas por el juez español respecto de los hechos, fueron altamente sexistas y discriminatorias.

Me refiero al fallo judicial del juez Juan del Olmo de la Audiencia Provincial de Murcia (2011), en el que se argumentó que el apelativo “zorra” con el que su pareja llamó a la denunciante, aludía a características de sagacidad y astucia, y nada tenía que ver con violencia de género, discriminación o estereotipos sexistas.

A pesar de no ser este un caso de violencia sexual, sí revela la existencia actual de sentencias prejuiciosas en España y atiza la inquietud de examinar la argumentación jurídica en relación con los delitos sexuales, por ser este un nicho tradicional en el que los prejuicios sexistas han hecho mayor carrera en el ejercicio de la decisión judicial.

También resulta interesante acercarse al ejercicio judicial de España en tanto, en general para las Américas, este país se ha constituido como un ejemplo de buenas prácticas en materia de violencia de género, como se mencionó en el apartado anterior.

Sin entrar a hacer valoraciones sobre los innumerables avances que en relación con los países hispanoamericanos se han conseguido en España en materia de igualdad de género; sí sería interesante constatar que en un país con tan elevado nivel de sensibilización y concienciación en la cuestión, la judicatura no se escapa de los prejuicios sexistas. Ello llama la atención por cuanto denotaría el carácter estructural del problema que amerita no solo medidas de sensibilización y capacitación, sino además ayuda para confrontar la objetividad que legalmente se reclama al ejercicio judicial, no por cuanto no se cumpla, sino por cuan estructuralmente ilusoria es su práctica. Esta es una de las conclusiones de este estudio.

Aunque sería deseable abarcar amplia y profundamente la cuestión, hacer un estudio para determinar la existencia de prejuicios sexistas en todas las modalidades de violencia sexual contempladas en el código penal, desborda ampliamente los alcances y objetivos del presente documento.

Varios podrían haber sido los aspectos que determinaran el acotamiento del estudio, pero fue un hecho de actualidad el que resultó definitivo.

Se trata del caso J. contra Perú ¹⁵ sometido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte el 4 de enero de 2012, y que ha sido programado para audiencia para el primer semestre de 2013. En este caso, la Comisión declaró, entre otros, que el Estado de Perú era responsable por el hecho de violación sexual cometido por agentes estatales contra la víctima. Lo relevante acá es que se ha discutido si una de las cosas que será controvertida por el Estado es si la penetración digital ocurrida con ocasión de una inspección judicial que declara la víctima, constituyó violación sexual o no a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es la primera vez que un caso sobre este tema será visto ante la Corte.

En el marco de esta cuestión surge la idea de investigar cuál es el tratamiento que la jurisprudencia le ha dado a dos temas fundamentales en la violencia sexual: al concepto de penetración en los delitos de violación y cómo se trata

¹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunicado de prensa del 2 de febrero de 2012. Disponible en línea en <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/011.asp>.

El comunicado habla de la detención ilegal y arbitraria de J. y los registros domiciliarios realizados el 13 de abril de 1992 por parte de agentes estatales, quienes incurrieron en actos de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, incluida la violación sexual de la víctima. Estos hechos fueron seguidos por el traslado de J. a la Dirección Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE) y su privación de libertad en dicho lugar sin control judicial y en condiciones inhumanas de detención durante 17 días.

En el Informe de Fondo, la CIDH concluyó que el Estado de Perú es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, libertad personal, garantías judiciales, legalidad y no retroactividad, protección a la honra y dignidad y a la vida privada y familiar, y protección judicial, derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de J.

Asimismo, la Comisión concluyó que el Estado de Perú es responsable por la violación de obligaciones establecidas en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y en la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en perjuicio de J.

cuando la única prueba de ese elemento es la declaración de la víctima. Para ello, esta investigadora ha escogido los tribunales españoles como primer acercamiento a un caso que llama altamente su atención, en aras de conocer las tendencias en España y analizar si las valoraciones sobre tales temas quedan afectadas por prejuicios discriminatorios, especialmente sexistas.

En este sentido, en resumen, hay un interés particular geográfico y temático, alrededor del interés general de monitorear las decisiones sobre delitos sexuales. Geográfico, en tanto serán las decisiones de los tribunales de España el objeto de estudio, y temático, en cuanto se referirá solo al delito de violación, en atención específica a la cuestión de la penetración como elemento principal del delito y la valoración probatoria de la declaración de la víctima como única prueba.

CAPÍTULO II: OBJETIVOS

Este documento se propone un análisis en clave de género de casos de la jurisprudencia española, específicamente sobre el concepto de penetración como elemento del delito de violación, y de la valoración de la declaración de la víctima como su única prueba.

Es un estudio de casos exploratorio que pretende identificar cómo la judicatura decide los casos de violación y si utiliza prejuicios sexistas como criterios de análisis y valoración. De ser así, a qué tipo de estereotipos discriminatorios tales prejuicios responden y cómo afectan a las mujeres.

Busca identificar el problema, describirlo y valorarlo desde criterios de justicia de género.

Con ello la autora persigue los siguientes objetivos generales:

- Evaluar la justicia de género en España en relación con la superación de prejuicios sexistas, a partir del análisis de casos.
- Problematizar el comportamiento de la judicatura en aras de aportar a la reflexión sobre los derechos de las mujeres desde un enfoque de género.

Incidir de alguna manera, a través de su consulta y referencia, en el aparato de justicia español con miras a contribuir a garantizar el acceso efectivo a la justicia de las mujeres.

Construir material pedagógico para la enseñanza de las buenas y malas prácticas judiciales.

Sentar las bases para un estudio mas comprensivo en relación con la cantidad de casos y la modalidad del delito, así como para futuros análisis comparados con otros países, que arrojen resultados respecto

de la universalidad del sexismo y de los estereotipos discriminatorios en decisiones judiciales.

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

1. Tipo de estudio

Este documento presenta un estudio de casos múltiple, como diseño de una investigación con método cualitativo y fenomenológico.

Es, además, un estudio de casos de tipo interpretativo y evaluativo sobre la justicia de género en España, a partir del análisis de sentencias judiciales en casos de violación y la identificación en ellas de la existencia o no de prejuicios sexistas.

Se opta por este tipo de estudios cuando los objetivos de la investigación se orientan hacia la producción de conocimiento, la confirmación de teorías existentes, la descripción de situaciones o hechos concretos, la elaboración de hipótesis, y la presentación de razonamientos inductivos. Es decir, el estudio de casos pretende explorar, describir, explicar, evaluar (Salgado, 2007).

El estudio que se presenta es además de tipo etnográfico, en tanto está expresamente enfocado hacia la recolección de información, descripción, análisis y evaluación de actitudes, comportamientos y creencias (Salgado, 2007). En esta ocasión se exploran tales actitudes, comportamientos y creencias en la práctica judicial a partir del estudio de los fallos judiciales.

En tanto la intención de este estudio de casos no es la generalización, no se atendió al carácter representativo del total del universo para la selección de la muestra de análisis. Sin embargo, el método de muestreo no fue solo el azar, sino que la selección de los casos estuvo también condicionada por el problema que era de interés abordar.

Las interpretaciones numéricas que se hacen en este estudio se refieren a la muestra que por lo acotada no pueden ser extrapoladas al universo entero.

2. Muestra

Como se mencionó en la introducción, este estudio contó con dos etapas de desarrollo: una fase preliminar o estado del arte, y posteriormente, una validación de tales hallazgos en sentencias solo del año 2012 para darle un valor de actualidad y vigencia a los resultados.

Lo importante de resaltar en la metodología para la construcción del universo de estudio¹⁶ es que se realizó en dos etapas siguiendo la misma lógica, pero con algunas diferencias en los procedimientos aplicados para recoger las muestras en cada fase. Estos cambios están relacionados con los criterios de selección (temporalidad) y el modo de búsqueda. En atención a la totalidad de resultados que arrojaban las búsquedas cuando se introducían todos los criterios, la temporalidad y el modo de búsqueda hicieron que en la caracterización de dichas muestras fuera diferente determinar cuántos fallos se revisaban y cuántos se analizaban.

A continuación, se describe la metodología aplicada para la construcción del universo de sentencias estudiadas, especificando los casos en que se presentaron diferencias en los procedimientos entre la primera y la segunda etapa del estudio.

2.1 Criterios de selección

Este documento está enfocado en el estudio de las decisiones de los tribunales españoles en materia del elemento de la penetración del delito de violación y la valoración de la declaración de la víctima como su única prueba.

Para ello, fue necesario identificar un número de sentencias judiciales que de ninguna forma constituyen una muestra representativa, sino simplemente un material indicativo de las tesis que, al respecto de lo que interesa indagar, hacen carrera en la jurisprudencia española sobre delitos sexuales.

¹⁶ En el documento se hace mención a “la muestra” o al “universo de estudio” como sinónimos para referirse al total de sentencias que se estudiaron en esta investigación.

Los criterios de selección de las sentencias fueron: el tipo de delito, modalidad del delito, temporalidad, perfil de las víctimas y del victimario. Los criterios de nivel judicial – Juzgado, Audiencia Provincial o Tribunal Supremo, sexo de el/la juez/a, y sentido del fallo, fueron indiferentes para la selección de las sentencias y cualquier reincidencia en una variable fue aleatoria.

2.1.1 Tipo de delito

En el Código Penal español, Ley Orgánica 10 de 23 de noviembre de 1995, bajo el Libro II, Título VIII, entre los artículos 178 al 194 están contemplados los delitos que protegen la libertad e indemnidad sexuales. Estos delitos recogen las figuras de las agresiones sexuales, los abusos sexuales, las agresiones y abusos sexuales cometidos en persona menor de 13 años, acoso sexual, el exhibicionismo y la provocación sexual, los relativos a la prostitución y la corrupción de menores.

Este estudio se ciñe al delito de agresión sexual del artículo 179, en relación con el 178 que señalan:

Artículo 178: El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con pena de prisión de uno (1) a cinco (5) años.

Artículo 179: Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de uno (1) a seis (6) años¹⁷

Se hará referencia a este delito a lo largo del estudio como “agresión sexual”, “violación” o “acceso carnal violento”.

2.1.2 Grado del delito

¹⁷ Si bien el Código Penal (1995) penaliza la penetración por vías vaginal, anal y bucal, este estudio se concentra en la penetración vía vaginal, aun cuando algunos casos también envuelvan otro tipo de penetración.

La punibilidad de los delitos puede modificarse por múltiples circunstancias¹⁸. Una de ellas tiene que ver con el grado de comisión que da origen a figuras como la de la “tentativa”.

Se considera en grado de tentativa aquel delito en el que iniciados los actos de ejecución no consigue el objetivo final por alguna razón. Esta figura está contemplada en el Código Penal, bajo el artículo 16, el cual establece que:

Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían de producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor (1995).

El motivo por la cual se escogieron las sentencias de violación en las que se discutía una posible modalidad de tentativa se debe a que, siendo la penetración el concepto al cual se quiere aproximar, es una tendencia que este delito se considere tentado cuando a pesar de darse todos los actos de ejecución dirigidos a cometerse, a juicio de la judicatura, la penetración no se alcanza o no se considera probada.

En este sentido, estas sentencias encierran el debate en si se dio o no la penetración, a la luz de lo cual puede indagarse sobre su concepto jurisprudencial para el análisis objeto de este estudio.

Por lo general, las imputaciones en los casos de violación están dirigidas a enfrentar cuatro tipos de defensas: la persona imputada no fue el autor, la relación sexual fue consentida, no existió ninguna relación sexual, o existió de alguna forma pero no del todo como lo cuenta la víctima.

En el primer caso, en el que se alega que la persona imputada no fue el autor, por lo general se parte del hecho de que la violación o al menos la relación sexual, sí existió y lo que se discute centralmente es la autoría¹⁹.

¹⁸ Por ejemplo, circunstancias de agravación, de atenuación, de dolo o de culpa, de grado de responsabilidad en relación con la comisión – autoría, coautoría, autoría intelectual, complicidad-, etc.

En el segundo caso, en el que se alega que la relación sexual fue consentida, el debate jurídico apunta a probar la ausencia de dicho consentimiento con elementos como la existencia de violencia y debates sobre la resistencia²⁰. No se discute la penetración, en tanto esta se da por sentado, incluso afirmada por el procesado. De lo que se duda es de si fue consentido el acto o no.

El tercer y cuarto caso son las hipótesis entre las que se mueve el debate sobre la penetración. Cuando se debate que no existió ninguna relación sexual, el enfrentamiento probatorio gira en torno tanto a cada uno de los elementos del delito, como a la autoría. Se debe probar, para el caso español, la penetración anal, vaginal u oral, mediando violencia por parte del procesado o cualquier medio que doblegue la voluntad de la víctima.

Cuando se alega en defensa que las cosas sucedieron hasta cierto punto como las relata la víctima, no siendo la hipótesis en la que lo controvertido sea el consentimiento, por lo general lo que se discute es la cuestión de la penetración.

Es en esta hipótesis en la que los delitos de violación podrían terminar en grado de tentativa. Es cuando se logra probar y establecer que ciertos hechos sexuales delictivos encaminados a la violación sucedieron, pero no se alcanzó a “consumar”, término que generalmente utilizan en las sentencias. Sentado

¹⁹ Puede ser que la comisión del hecho no esté tan clara, pero no se adentra el debate jurídico hasta ese extremo por cuanto es innecesario frente a la defensa planteada. En todo caso, la fiscalía habiendo imputado tal delito, deberá demostrar que los hechos sí sucedieron

²⁰ Si bien los tipos penales de violación no exigen que se pruebe la ausencia de consentimiento o la resistencia, sino la violencia y la penetración, por lo general es alrededor de esas tesis en las que se traba la discusión en el juicio. Es por esa razón que en algunas investigaciones se ha concluido que aunque los tipos penales no lo exigen, al final la violación siempre es cuestión de no haberla querido, en un análisis bastante sexista en el cual se asocia violación con sexo, placer y deseo. La tendencia de asociar la violencia sexual con el placer erótico de quien la lleva a cabo conduce a impunidad y desconoce que la violencia sexual es ante todo un ejercicio de dominación sobre la víctima (Mackinnon, 1995).

Asimismo, aunque la resistencia de la víctima debería ser intrascendente en el análisis de estos delitos, como lo establecen los estándares internacionales, como el Estatuto de la CPI, se ha constatado que este sigue siendo un tema de debate identificado por estudios como un sesgo sexista en los fallos. Ver por ejemplo: Buenahora, et al., Estudio de la Jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas, Corporación Humanas, Bogotá, junio de 2010.

así el debate, lo que se entra a discutir es si hubo o no penetración anal, vaginal u oral.

Si bien, tanto en el tercer como en el cuarto caso, las discusiones judiciales están abiertas a que se dé el debate sobre la penetración, es en el último, (cuando están enfrentadas las versiones de la víctima y el victimario en cuanto a que la relación sexual existió de alguna forma pero no del todo como se denuncia), en donde las probabilidades de encontrar desarrollo jurisprudencial sobre el concepto de penetración y la valoración de la declaración de la víctima son más altas.

Lo anterior señala entonces el análisis después del cual fueron escogidas las sentencias en las que se discute la tentativa de violación como la muestra de estudio. En conclusión, el motivo es de refinamiento asertivo en la búsqueda para efectos de investigar sobre el objeto de este estudio.

2.1.3 Temporalidad

a. Fase preliminar

En el estudio preliminar, como la intención era hacer un estado del arte vigente de la cuestión, en una medida apenas justa, el criterio de la temporalidad con la que se buscaron las sentencias fue de un periodo del último año y medio para la fecha en la que se llevó a cabo esta etapa. Así, el estudio preliminar buscó sentencias en el rango entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de julio de 2012.

b. Segunda fase

En esta parte del estudio, la búsqueda se limitó a sentencias solamente del año 2012, es decir, el periodo comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior al que se presentan los resultados.

2.1.4 Perfil de las víctimas y del victimario

Se escogieron las sentencias en las que la víctima es de sexo femenino sin relevancia de la edad, mientras que en relación con el victimario se

seleccionaron aquellas en las que este era de específicamente de sexo masculino, mayor de edad. Ello para hacer referencia a las características de la tendencia que siguen los delitos sexuales, es decir, en la que siempre mayoritariamente son víctimas las mujeres y el victimario es un hombre.

2.2 Método de búsqueda

2.2.1 Fase preliminar

Para la identificación de las sentencias se utilizó el motor de búsqueda nacional del Centro de Documentación Judicial - CENDOJ²¹.

El buscador de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial permite filtrar la información por varios tipos de variables. La ficha de búsqueda fue llenada de acuerdo con los criterios que acá se definieron como los determinantes, dejando en blanco los que eran indiferentes para el estudio²². Se insertaron los datos de la siguiente manera:

Jurisdicción: penal

Tipo de resolución: sentencia

Tipo de órgano: todos

Sección: en blanco

Comunidades autónomas: todas

Número del ROJ: en blanco

Número del recurso: en blanco

Idioma: todos

Rango de fecha: entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de octubre de 2012

²¹ Disponible en línea en <http://www.poderjudicial.es>.

²² Para este estudio no se tuvo en cuenta la ley de violencia de género y la creación de competencias especiales en los Juzgados de la Mujer, por cuando su ámbito de aplicación se reduce a actuar contra la violencia de género “por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia” (Ley Orgánica 1, 2004). Para este estudio es indiferente la relación previa existente entre el victimario y la víctima como criterio de selección. Aquellos casos de la muestra en los que llegaron a ser partes mujeres y hombres con relaciones sentimentales previas, han sido resultado de una coincidencia y en todo caso, ninguno fue juzgado por las competencias especiales asignadas por esta ley. Esta situación llama la atención y podría ser objeto de un interesante análisis, sin embargo, desborda los objetivos de este trabajo.

La opción para buscar por texto fue la herramienta más útil, en la que se introdujeron las frases referidas a la calificación jurídica del delito de violación en la modalidad de tentativa. Todas se introdujeron al tiempo, con el operador “o” de manera que buscara cualquiera de ellas, pero solo contara una vez las que tenían dos o más términos en la misma sentencia. Las frases exactas a buscar fueron: “tentativa de violación”, “tentativa de agresión sexual”, “tentativa de acceso carnal”, “violación en grado de tentativa”, “agresión sexual en grado de tentativa” y “acceso carnal en grado de tentativa”²³. Esta búsqueda arrojó un total de 251 resultados.

2.2.2 Segunda fase

Para esta fase se utilizó la base de datos jurisprudencial de Tirant online. Los motivos para el cambio se dieron al constatar que a pesar de que aquella del CENDOJ era la base de datos más cercana a la fuente, las herramientas del motor de búsqueda no son muy avanzadas: se desconfiguraba la búsqueda con el botón de atrás —un error humano muy usual—, no guardaba la búsqueda para entradas posteriores, no se podía buscar dentro del texto de cada sentencia, la identificación del fallo que arroja los resultados no es clara, no hay muchas opciones para ordenar la búsqueda y, lo más crítico, el servidor muchas veces no estuvo en funcionamiento.

Así, se consultó a la biblioteca de la Universidad Carlos III de Madrid sobre bases de datos accesibles a los estudiantes que permitieran búsquedas refinadas, y dadas las sugerencias se optó por Tirant Online.

En este motor, se hizo la búsqueda por “frase exacta”, introduciéndose aquellas que habían sido más acertadas en la fase preliminar: “tentativa de violación”, “tentativa de agresión sexual”, “tentativa de acceso carnal”, “violación en grado de tentativa”, “agresión sexual en grado de tentativa” y “acceso carnal en grado de tentativa”.

²³ Las frases exactas fueron escogidas de acuerdo con el lenguaje que manejan por lo general las sentencias de violencia sexual, conocidas ya por otros estudios (Buenahora, et al, 2010).

Para cada “frase exacta” se hizo una búsqueda. El total de estas búsquedas, descontando las que coincidían con dos criterios, arrojó un resultado de 257 sentencias.

3. Caracterización

3.1 Cantidad de fallos revisados y analizados

3.1.1 Fase preliminar

Obtenido el resultado general de 251 sentencias, se ordenaron por el grado de “coincidencia” y se seleccionaron las primeras 50.

Sobre los resultados restantes, se introdujo una búsqueda dentro de la búsqueda con estas 6 palabras con el operador “o” entre ellas, de manera que identificara la que tuviera uno o varios términos y se contara solo una vez. Los resultados se volvieron a organizar por coincidencias.

Se seleccionaron las primeras 20. Estas sentencias se revisaron y se escogieron las 8 que tenían más materia para el análisis. Es decir, se seleccionaron aquellos casos que tenían la mayor cantidad de los términos seleccionados, asumiendo que se daba un debate en torno las cuestiones que interesaban. Ello sobre todo porque varias de las sentencias del Tribunal Supremo resolvían recursos de casación que no tenían que ver con motivos de errores de hecho o de derecho sobre la cuestión de la tentativa de violación, luego no había materia de debate para el estudio.

3.1.2 Segunda fase

En esta etapa, ya con los aprendizajes de la experiencia anterior y con nuevas herramientas de búsqueda, se utilizó la variable “frase exacta”, seleccionando aquellas que habían arrojado más resultados en la fase anterior: “tentativa de violación”, “tentativa de agresión sexual”, “violación en grado de tentativa”, y “agresión sexual en grado de tentativa”.

Para cada grupo de resultados por la búsqueda de “frase exacta”, que se ordenaban automáticamente por relevancia, se escogió revisar el 25% de los fallos. La totalidad de estos resultados fue de 64. Después del proceso de lectura y descarte por pertinencia de los problemas jurídicos, es decir, aquellos que se habían identificado en la fase preliminar: (penetración y credibilidad del testimonio de la víctima como única prueba), se seleccionaron 15 sentencias para analizar. Estas constituyeron la muestra de la segunda fase.

Así, sumados los resultados refinados en las dos fases, el universo de estudio quedó constituido por 23 sentencias para analizar a la luz de los objetivos planteados.

3.2 Identificación de la muestra

A continuación, se muestran las 23 sentencias que fueron analizadas. A cada una se le asignó un número de identificación aleatoriamente, etiquetándolas consecutivamente como: “Caso N°. 1”, “Caso N°. 2”, “Caso N°. 3”, etc. La citación en el documento de las sentencias escogidas siguen este formato por practicidad y fácil referencia a la muestra. En todo caso, siempre podrá verificarse la identificación completa de las sentencias tanto en la siguiente tabla, como en las referencias al final del documento.

Nº de caso	Órgano	Sede	Fecha	Roj
Caso N° 1	TS	Madrid	30/09/11	STS 6254/11
Caso N° 2	TS	Madrid	29/09/11	STS 6248/11
Caso N° 3	AP	Logroño	27/02/12	SAP LO 116/12
Caso N° 4	AP	Vigo	25/10/11	SAP PO 2737/11
Caso N° 5	AP	Murcia	28/04/10	SAP MU 1230/10
Caso N° 6	AP	Toledo	03/02/11	SAP TO 131/11
Caso N° 7	AP	Barcelona	11/03/11	SAP B 2362/11
Caso N° 8	TS	Madrid	06/07/10	STS 3840/10
Caso N° 9	AP	Badajoz	20/06/12	SAP BA 27/12
Caso N° 10	AP	Barcelona	05/03/12	SAP B 30/12
Caso N° 11	AP	Pontevedra	29/11/12	SAP PO 39/12
Caso N° 12	TS	Madrid	27/02/12	STS 103/12
Caso N° 13	AP	Badajoz	07/06/12	SAP BA 146/12
Caso N° 14	AP	Barcelona	23/03/12	SAP B 278/12

Caso N° 15	AP	Sevilla	05/05/12	SAP SE 287/12
Caso N° 16	TS	Madrid	15/05/12	STS 365/12
Caso N° 17	AP	Madrid	10/07/12	SAP 392/12
Caso N° 18	AP	Barcelona	04/05/12	SAP 489/12
Caso N° 19	TS	Madrid	10/07/12	STS 58012
Caso N° 20	TS	Madrid	11/10/12	STS 768/12
Caso N° 21	AP	Barcelona	17/09/12	SAP 808/12
Caso N° 22	TS	Madrid	28/11/12	STS 970/12
Caso N° 23	AP	Madrid	04/09/12	SAP MA 1114/12

Tabla N° 1 Las siglas TS corresponden a “Tribunal Supremo” y AP a “Audiencia Provincial”.

3.3 Características

Se exponen las características de la muestra para el total de las 23 sentencias²⁴.

Formales

Las variables que se consideraron interesantes para caracterizar la muestra formalmente fueron: órgano, sexo del juez o la jueza, y sentido del fallo. Véanse las siguientes tablas.

3.3.1 Nivel Judicial

Órgano	Cantidad
Tribunal Supremo	8
Audiencia Provincial	15

Tabla N° 2

3.3.2 Sexo del juez

Sexo	Cantidad
Hombre	16
Mujer	7

²⁴ Recordar que estas variables fueron tomadas para caracterizar la muestra de estudio, mas no para determinar su búsqueda o composición.

Tabla N° 3

3.3.3 Sentido del fallo

Fallo	Cantidad
Condenatorio	21
Absolutorio	2

Tabla N° 4

3.3.4 Año del fallo

Año del fallo	Cantidad
2012	15
2011	6
2010	2

Tabla N° 5

Sustanciales

3.3.5 Aspectos temáticos relevantes

La caracterización de los fallos en sentido sustancial, se hizo de acuerdo a los aspectos temáticos relevantes o posiblemente problemáticos que se fueron encontrando en cada sentencia. Al final, se cruzaron los datos de manera que se pudiera identificar cuántas sentencias coincidían en temas. Se agruparon en dos grandes categorías, como se hizo para el marco teórico y los hallazgos: concepto de penetración y criterios para valorar la credibilidad de la víctima. Véase la siguiente tabla para la caracterización base del estudio.

Caso N°	Penetración	Credibilidad
1	X	
2	X	X
3	X	X
4		
5		X
6	X	
7		X
8		X
9	X	
10	X	X
11		X
12	X	
13	X	X
14		X
15	X	
16		X
17		X
18	X	
19	X	
20	X	
21	X	
22	X	X
23		X

Tabla N° 6

4. Análisis

4.1 Procesamiento y estudio de los casos

4.1.1 Fase preliminar

Para el análisis de la sentencias se diseñó una ficha que recogía información formal y sustantiva, y se consolidó una base de datos con las sentencias

analizadas con los datos señalados en el acápite anterior sobre caracterización.

Respecto de los datos sustantivos recogidos, el procedimiento fue inicialmente de identificación de aspectos problemáticos a la luz de los estándares internacionales en materia de protección de los derechos humanos así como de las herramientas que la bibliografía sobre los feminismos han dado para identificar actitudes sexistas o patriarcales. Posteriormente, se cruzaron los datos para evidenciar reiteraciones en dichos aspectos que es lo que se han llamado en este trabajo “tendencias” en la jurisprudencia respecto de la violencia sexual.

4.1.2 Fase posterior

En esta etapa del estudio no se buscó la identificación de nuevos aspectos problemáticos, sino la reiteración de aquellos que en la fase preliminar se habían encontrado. Con ello, el análisis estuvo dirigido a complementar la fundamentación del estereotipo encontrado y a respaldar con más casos su reiteración en la jurisprudencia, en aras de consolidar la actualidad de la tendencia.

Una pequeña parte del estudio consistió en recoger la línea jurisprudencial que constituían el nicho citacional en las sentencias estudiadas (López, 2006)²⁵. Este se expone en el apartado de los resultados al pie de las citas indicando las sentencias que los casos estudiados recogen en el mismo sentido, contribuyendo a develar que tan discutido es el tema en las sentencias o cuanto se refuerza el hallazgo problemático.

Es importante reiterar que de este estudio no se pueden sacar conclusiones completamente representativas del universo total de la jurisprudencia española. Los resultados deben ceñirse a la muestra. Sin embargo, sí permite identificar

²⁵ Sobre el concepto de nicho citacional ver López Medina, Diego, El derecho de los jueces, Ed. Legis, Bogotá (López, 2006).

la actualidad de la problemática del sexismo en la práctica judicial, como un indicador de trascendental importancia para evaluar la justicia de género.

4.2 Análisis y resultados

El análisis sustantivo de los hallazgos del estudio de las sentencias es realizado siguiendo la metodología de perspectivas transnacionales propuesta para este tipo de investigaciones por las teóricas Cook y Cusack (2010).

Las autoras señalan que la búsqueda de estereotipos discriminatorios en las leyes, políticas y prácticas debe superar la mirada internacional y adoptar una lectura transnacional que incorpore tanto derecho nacional como internacional, así como el trabajo de actores estatales y no estatales (Cook y Cusack, 2010).

Como lo sostiene el estudio del profesor Hongju Koh de la Universidad de Nebraska (1996) —a su vez recogido por las citadas autoras— caracterizan a esta metodología cuatro principios:

Primero, que es una perspectiva no tradicional que rompe la dicotomía que históricamente ha dominado el estudio del derecho internacional: doméstico – público, nacional – internacional.

Segundo, es una postura no estatista, en la que los actores y actrices de este proceso no son solo los Estados o las organizaciones de Estados, sino también organismos no gubernamentales.

Tercero, es un proceso dinámico, que reconoce que el derecho transnacional se transforma y cambia de arriba abajo, de lo público a lo privado, de lo nacional a lo internacional.

Cuarto y último, es un análisis normativo, que resulta del proceso de interacción legal, del que nuevas normas y políticas emergen, las cuales son interpretadas, internalizadas y reforzadas, dando movimiento al proceso una y otra vez.

Con base en lo anterior, este estudio analiza las sentencias desde una perspectiva que toma en cuenta diferentes estándares que en materia de garantías para las mujeres víctimas de violencia sexual se pueden extraer del derecho internacional y nacional, y del trabajo de investigación estatal y privado.

Además de este enfoque metodológico, el análisis de las sentencias está orientado por el principio según el cual no puede existir erradicación de los estereotipos si primeramente no se identifican, se señala su naturaleza, se muestra el carácter operativo del prejuicio y se determina cómo ello es discriminatorio y perjudica a las mujeres.

Tal como fue recogido por el principio, *Blaming, Claiming* de Felstener (1980-1981), las autoras Cook y Cusack insisten en que la habilidad para eliminar una práctica negativa está condicionada primero por ser nombrada como “errónea”, para que así sea reconocida públicamente. Nombrar es la herramienta fundamental para posteriormente poder revelar si es discriminatoria, cuál es la naturaleza de la base sobre la que se fundamenta, lo que llevará a determinar las medidas adecuadas para el cambio (2010).

El libro *Gender Stereotyping, Legal Transnational Perspectives* de las citadas autoras (2010), no solo se analiza la propuesta metodológica sino que se aplica a su propio estudio, constituyéndose en una pauta orientativa fundamental para el trabajo de identificación de estereotipos de género en este trabajo.

CAPÍTULO IV: CRITERIOS PARA EL ANÁLISIS DE LOS CASOS

Antes de proceder al estudio de las sentencias, es importante hacer algunas precisiones conceptuales, así como determinar cuáles son los estándares a partir de los cuales se llevará a cabo el análisis.

En primer lugar, se determinará brevemente qué se entenderá en esta investigación por prejuicios sexistas, con el fin de unificar criterios y sentar una base teórica para el análisis.

En segundo lugar, se presentarán los estándares jurídicos de tipo normativo, jurisprudencial y de política pública que se quieren utilizar como parámetro para identificar los aspectos problemáticos en las sentencias, a la luz de los cuales se valorarán las conclusiones del estudio.

Estos se refieren a las convenciones sobre derechos humanos y derechos de las mujeres específicamente, tanto en los sistemas regionales como en el sistema universal. También a los estatutos y jurisprudencia de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Penales ad hoc para Ruanda y la Ex Yugoslavia. Se trae a su vez legislación y jurisprudencia penal italiana en relación con el delito de violencia sexual, alguna jurisprudencia de otros tribunales nacionales, así como las referencias más destacadas en materia de políticas públicas internacionales referidas a la violencia sexual .

1. Prejuicios sexistas y estereotipos discriminatorios de género

En tanto este es el objeto de estudio de este trabajo, para unificar criterios de análisis es importante hacer una precisión teórica sobre el concepto de prejuicios sexistas y estereotipos discriminatorios de género.

Como lo definen en su libro las autoras Cook y Cusack un estereotipo es “una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características

de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir” (Parra, trad., 2010, p. 11).

Es una presunción de que quienes pertenecen a determinado grupo de personas o categoría social tienen características o roles particulares, sin importar si, en efecto, tales características o roles son comunes a quienes pertenecen al grupo, o si quienes le integran las poseen o los asumen. Lo determinante es la asignación de la idea generalizada a una persona particular por pertenencia al grupo o a la categoría social de la que se tiene dicha idea (Cook y Cusack, 2010).

En relación con el género, las teorías feministas han hecho énfasis en cómo esta categoría de análisis permite poner en evidencia que sobre la diferencia sexual, la cultura va construyendo un conjunto de expectativas sociales que definen una identidad (Beltrán, *et. al*, 2001). Se parte de una separación conceptual entre el sexo y la construcción cultural que sobre él se hace, denominándolo “género”. Se entiende aquel como las características biológicas que nos diferencian como macho o hembra; y este como los atributos hombre/masculino y mujer/femenino que se asignan sobre la división sexual.

Son estereotipos de género entonces, aquellas asignaciones de atributos o roles a las personas según su pertenencia al género femenino o masculino. A las diferencias sexuales se les asignan categorías de género (hombre/masculino y mujer/femenino), y según el género se asignan estereotipos.

Pero estas atribuciones han sido impregnadas por una valoración negativa o subordinada de lo femenino, construyendo una cultura patriarcal o machista, en la que las connotaciones femeninas se subordinan a las masculinas.

Los estereotipos y los prejuicios están relacionados, pero son diferentes. El estereotipo se refiere a la visión generalizada solamente, mientras que el prejuicio es la asignación de un valor sin mayor fundamento que la apreciación misma. Se relacionan estereotipo y prejuicio cuando a la visión generalizada

sobre las características de un grupo de personas y de las personas mismas por su pertenencia a dicho grupo, acompaña una actitud favorable o desfavorable, positiva o negativa (Cofre, 2010). Cuando al estereotipo, además, se le da un valor, constituye pues un prejuicio social que está dirigido a la totalidad del grupo que, por lo general, conlleva a una discriminación.

Entonces, cuando de estereotipos discriminatorios de género se trata, se hace referencia a un concepto que lleva implícita una visión generalizada y valorada, sobre lo femenino y lo masculino. Incorpora en su naturaleza un prejuicio machista o sexista, que se basa en aquella creencia fundamentada en una serie de mitos y mistificaciones en la superioridad del sexo masculino, que resulta en una serie de privilegios para el sexo que se considera como superior (Facio, 1995).

En este trabajo el objetivo es identificar los prejuicios sexistas. Aquellos que operan detrás de estereotipos del género femenino, que a la vez son discriminatorios y generan consecuencias negativas para las mujeres.

2. Protección jurídica de las mujeres en relación con la discriminación

Parte de la investigación que se realizó para el presente estudio, consistió en identificar en relación con los derechos de las mujeres, qué estándares convencionales, normativos y jurisprudenciales de carácter internacional existían; y qué medidas legislativas o judiciales en el mundo occidental se podrían identificar como buenas prácticas considerables como un alto estándar en la materia.

A continuación, se presenta la información en tres apartados. El primero, dedicado solo a la protección convencional de los derechos de las mujeres en general; el segundo, presentará los estándares específicos en relación con el concepto de penetración como elemento del delito de violación; y en el tercer y último apartado, se presentará lo que se tiene sobre los criterios de valoración de la declaración de la víctima como única prueba.

2.1 Estándares generales

Producto de la conquista de los Derechos Humanos en el siglo XX se emitió la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979). Ello significó un gran avance en las reivindicaciones de las mujeres y constituye el instrumento más importante a la hora de evaluar las obligaciones de los Estados en materia de eliminación de discriminación contra ellas, entre las que se encuentra la discriminación por estereotipos. Esta obligación está consagrada en los artículos 2 (f) y 5 (a) de la Convención, y se desarrolló a través de la recomendación general Nº 19 del Comité, así como a través de los casos que al respecto ha resuelto el Comité.

El contenido de las obligaciones de los Estados establecidas en la CEDAW debe estar guiado por la interpretación de toda la Convención en su conjunto, teniendo siempre en cuenta además su objetivo general y la práctica de cómo ha venido aplicando la CEDAW por parte del Comité (Cook y Cusack, 2010).

Según la Convención en su artículo 2(f), los Estados están obligados a tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo legislación, para modificar o abolir las leyes, regulaciones, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las mujeres (CEDAW, 1979). Es decir que, en donde una ley, práctica o costumbre establezca una diferencia de tratamiento basada en un estereotipo de género que tenga por efecto anular el disfrute de derechos y libertades fundamentales, es una forma de discriminación que los Estados están obligados a eliminar (Cook y Cusack, 2010).

Por su parte, el artículo 5 (a) de la Convención establece que los Estados deben modificar los patrones de comportamiento sociales y culturales de hombres y mujeres, en aras de alcanzar la eliminación de prejuicios y prácticas consuetudinarias que estén basadas en la idea de inferioridad de las mujeres y superioridad de los hombres o en roles estereotipados de mujeres y hombres (CEDAW, 1979). Lo importante de esta obligación, es que no es importante

identificar si tales roles estereotípicos o prejuicios son discriminatorios o no, sino basta con que las prácticas, leyes u otros estén basados en tanto la idea de inferioridad de las mujeres como en roles de género estereotipo (Cook y Cusack, 2010).

Es decir, que lo que para los efectos del artículo 2(f) no constituya una práctica o ley discriminatoria, en todo caso el Estado está obligado a eliminar todas aquellas que estén basadas en roles estereotipo, a la luz del artículo 5(a).

Aun cuando una práctica pueda no ser considerada discriminatoria en tanto en unas circunstancias particulares está justificada, en virtud de las obligaciones contraídas bajo el artículo 5(a) de la CEDAW, el Estado debe tomar medidas para modificar los patrones de conducta sociales y culturales para asegurar que la dignidad de las mujeres sea respetada y la plenitud de sus derechos, especialmente el de la igualdad formal y real, sean efectivos. Esto incluye sin duda, tomar medidas para eliminar los estereotipos y prejuicios sexistas en la práctica judicial.

El comité, en su recomendación N° 19 (1992), ha desarrollado más ampliamente las obligaciones del Estado bajo el artículo 5, y ha establecido que “las actitudes tradicionales, según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción” y que “si bien en esta observación se hace hincapié en la violencia real o las amenazas de violencia, sus consecuencias básicas contribuyen a mantener a la mujer subordinada, a su escasa participación en política y a su nivel inferior de educación y capacitación y de oportunidades de empleo” (pf. 11).

Entre otras obligaciones que tiene el Estado, a propósito del examen de la práctica judicial en este estudio, según el artículo 2(d) y 2(g) debe “abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación”; y debe “derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer” (CEDAW, 1979, p.4).

Las decisiones del Comité constituyen estándares internacionales en la materia que resuelve en tanto criterios para interpretar la Convención y determinar su alcance. En este sentido y para el objeto de estudio que nos ocupa, se resalta de manera importante la decisión del Comité en el caso Karen Tayag Vertido vs. Filipinas (2010).

En este caso, la peticionaria manifestó al Comité haber sido víctima de violencia por parte del Estado de Filipinas cuando tras haber sido víctima de una violación sexual e iniciar el proceso judicial respectivo, el Tribunal de primera instancia cuestionó la credibilidad de su testimonio considerándolo como no plausible declarando la no culpabilidad del acusado, basándose para ello en una serie de mitos y estereotipos de género acerca de cuál debe ser la conducta de una mujer frente a una violación.

El Comité encontró responsable al Estado de Filipinas considerando que la valoración de la credibilidad del testimonio de la peticionaria, por parte de los tribunales nacionales, estuvo influenciada por una serie de estereotipos acerca de la “víctima ideal” en casos de violación. Por tal razón, encontró que el Estado había incumplido con sus obligaciones de tomar medidas apropiadas para modificar y abolir, no sólo las leyes y regulaciones existentes, sino también las costumbres y prácticas que constituyen discriminación contra la mujer, y abstenerse de infligir violencia contra las mujeres discriminándolas con base en estereotipos sexistas. Reiteró que estas obligaciones están contenidas en los artículos 2 (f) y 5 (a) de la CEDAW (Karen Tayag Vertido vs. Filipinas, 2010).

El Comité hace un análisis sobre el delito de violación y su interpretación y aplicación por parte de la judicatura y señala que la definición de violación, como de los medios de prueba, deben ser modificados para asegurar que la falta de consentimiento sea el elemento esencial de la violación, y no el elemento de la penetración. En concreto, debe suprimir de la legislación sobre violación cualquier requisito sobre el uso de la fuerza o la violencia, así como las pruebas de penetración (Karen Tayag Vertido vs. Filipinas, 2010).

El Comité recordó que ha reiterado en numerosas ocasiones que la violación sexual vulnera el derecho de las mujeres a su seguridad e integridad personal, y que su elemento esencial es la falta de consentimiento, no la penetración ni la violencia (Karen Tayag Vertido vs. Filipinas, 2010).

Y finalmente, estableció que es una obligación del Estado derivada de los artículos de la Convención, sobre todo de los artículos 2 y 5, formar y capacitar adecuadamente a la judicatura, entre otros, sobre el tratamiento de los delitos de violencia sexual, de modo que tomen sus decisiones de manera sensible al género, asegurando que las decisiones judiciales estén al margen de la moral y los valores personales de quien falla (Karen Tayag Vertido vs. Filipinas, 2010).

Los estereotipos de género constituyen discriminación contra las mujeres, y su utilización, tanto en la ley como en la valoración de casos judiciales, un ejercicio de violencia contra ellas. La exigencia de la penetración para la configuración de la violación, así como la valoración de las declaraciones de las víctimas a la luz de prejuicios sexistas, como tener en cuenta la experiencia sexual de la víctima o la exigencia de huellas físicas o las consideraciones sobre lo que la judicatura cree que era lo razonable o debía haber ocurrido, son ejemplos en los que tales estereotipos o prejuicios sexistas operan.

La utilización de tales prejuicios sexistas significan un incumplimiento de las obligaciones del Estado a la luz del objetivo y propósito de la Convención, por activa, al ser los propios representantes del Estado quienes actúan de tal forma, como por pasiva, en tanto el Estado no tome medidas para revertir esa situación, comprometiendo su responsabilidad frente a la eliminación de la discriminación contra las mujeres.

2.2 Estándares en materia del concepto de penetración

Sobre los estándares en materia del concepto de penetración en el delito de violación se distinguen dos clases. Aquellos que son normativos o legislativos, y los jurisprudenciales. Los de tipo normativo que se traen acá son el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional – ECPI (1998) y el Código Penal italiano²⁶; en relación con la jurisprudencia, se recogen las sentencias del Tribunal Penal Internacional para Ruanda -TPIR, y del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia -TPIY.

a. Normatividad

i. El Estatuto de la Corte Penal Internacional

La normativa penal que se podría calificar como la más avanzada en materia de protección de los derechos de las mujeres o al menos muestra de la incorporación de la perspectiva de género en materia de delitos sexuales, es el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En este, se penaliza de violación

cuando el autor haya invadido el cuerpo de una persona mediante una conducta que haya ocasionado penetración, por insignificante que fuera, por ocasión de la fuerza, la amenaza, la coacción como la causada por el temor a la violencia, la intimidación, la detención, la opresión psicológica o el abuso del poder, contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento (ECPI, 1998).

Señala el estatuto que el concepto de invasión se utiliza en sentido amplio para que resulte neutro en cuanto al género.

Esta definición normativa, si bien sigue incorporado el verbo “penetración” como elemento del delito, es ampliamente garantista por las siguientes razones:

²⁶ Recordar, como se estableció en la metodología, que el abordaje que plantea este documento de investigación es el de una perspectiva transnacional. Validándola como la metodología más adecuada, toman valor como estándares a considerar legislación y prácticas de otros países, como por ejemplo acá, el Código Penal de Italia, en lo relativo al delito de violencia sexual.

1) Desaparece la anatomía como elemento del delito. No se habla de vías vaginal, anal u bucal como en el Código Penal español. Tampoco se limita el objeto con el que la penetración puede cometerse.

2) Se desplaza la penetración como verbo rector del delito, definiéndolo más ampliamente y desde una perspectiva de la víctima, como haber “invadido el cuerpo de una persona”, definición de la que el elemento de la penetración es un medio para ocasionar la conducta invasiva que se sanciona.

3) Hace parte de la descripción del delito la aclaración de que la profundidad de la penetración es irrelevante para la consumación del delito. Limita la libertad del juez para interpretar el elemento de la penetración, así como para valorar los hechos degradando la importancia según la profundidad.

4) Amplia los medios a través de los cuales se hace a una persona incapaz de manifestar su consentimiento.

Al mismo tiempo, define ampliamente el elemento de la coacción, no solo haciendo más comprensiva la definición, sino también más representativo de la realidad del contexto en el que se comete este delito. En sí misma, la descripción de la violación es significativa para poner en evidencia cómo el delito es percibido desde la perspectiva de quien la sufre y no de quien la comete. Esto es un gran avance en materia de violencia sexual.

5) El elemento “contra una persona incapaz de dar su libre consentimiento” elimina la posibilidad de que la cuestión de la resistencia o no de la víctima sea un tema de debate para la configuración del delito. Es un elemento más comprensivo desde la perspectiva de la víctima.

6) Es sumamente garantista desde la lógica de no segmentar la penalización de la violación por modalidades. La lógica de la descripción típica de todas las

modalidades que comprenden los delitos de agresión sexual y abuso sexual²⁷, con las variadas circunstancias agravantes, pone el acento de gravedad en la modalidad de quien comete el delito y no del significado de quien la sufre. Además, ello hace que el debate jurídico tenga que girar alrededor de elementos objetivos concebidos desde una lógica mecánica y anatómica, para adecuar los hechos perfectamente a una descripción típica.

La naturaleza de la violación así descrita, como lo trae el Estatuto de la CPI, responde más a la lógica con la que se describen los delitos de tortura y tratos crueles, inhumanos y degradantes, que con la que se tipifican los delitos contra la vida o el patrimonio.

Estos últimos van delineando la gravedad de acuerdo con unas consecuencias que pueden ser o cuantificables u objetivamente verificables, como los delitos contra la integridad personal que varían entre la pérdida de la vida, o la ocurrencia de lesiones físicas o psicológicas, valorativamente determinables siempre por un peritaje. En los delitos contra la vida la conducta del sujeto pasivo está fuera de todo debate para la configuración del delito, siendo objeto de discusión la autoría y la modalidad, pero no lo que sufrió la víctima.

La tentativa en estos delitos contra el patrimonio y contra la vida y la integridad es verificable fácilmente de manera objetiva: si la pertenencia no salió de la propiedad, si no hay lesiones a la integridad física, si no se perdió la vida. Y

²⁷ Son varios los Códigos Penales de los países de occidente que contienen en su definición del delito de violación el elemento de la penetración, el acceso o similares como acción castigada. Por ejemplo, el Código Penal francés en sus artículos 222 -223 castiga “todo acto de penetración sexual de cualquier naturaleza(...)”. En Alemania el Código contiene en la sección 177 la figura del asalto sexual por el uso de la fuerza o amenazas y la violación, estableciendo que “el que por medio (...) obligue a otra persona (...) a: sufrir actos sexuales (...) o a comprometerse sexualmente en actividades de carácter sexual. (...) En casos especialmente serios la pena aumentará (...). Estos casos típicamente ocurren cuando: (...) El ofensor lleva a cabo relaciones sexuales o actos sexuales similares por el o por otro (...) especialmente si (...) degradan a la víctima, o si implican penetración del cuerpo”. En Colombia el artículo 205 establece que “el que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión”, en relación con el 212 que señala que “para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto”. Los verbos mas utilizados para sancionar la violencia sexual en los Códigos penales de Latinoamérica son cometer “acceso carnal” (Honduras, El Salvador, Nicaragua , Chile) , “yacer mediante violencia”(Guatemala) o “realizar cópula mediante violencia” (México).

aun así, cuando se presentan dificultades probatorias en estos casos, no obedece a la naturaleza misma del hecho delictivo, como sucede con los delitos sexuales.

Por el contrario, los delitos de tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes, tienen una descripción más desde la perspectiva de la víctima²⁸. Igualmente delitos como acoso, amenazas, coacciones, injurias, calumnias. Todas estas son descripciones típicas tienen verbos rectores definibles desde la perspectiva del sujeto pasivo del delito. Esta es la perspectiva que tiene de la violación el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Como lo sostiene Amnistía Internacional, es su estudio sobre *Violación y Violencia Sexual, Leyes y Normas de Derechos Humanos en la Corte Penal Internacional*:

El enfoque de las definiciones de violación y violencia sexual contenidas en los Elementos de los Crímenes es compatible con las obligaciones existentes en virtud del derecho internacional de derechos humanos, pues el crimen se define en función de la negación por el perpetrador a la víctima de la capacidad de ésta para aceptar libremente y sin coacción el contacto sexual, mediante el uso de la fuerza, la amenaza de la fuerza o la coacción. La definición incluye una lista abierta y no exhaustiva de las diversas formas y modos en que puede ejercerse la coacción (2011, p.9).

ii. El Código Penal italiano

En este país, después de la reforma de 1996 a la ley criminal del Código Rocco de 1930, se eliminó la diferenciación típica entre la violación y otros actos sexuales violentos. Ambos tipos penales fueron reunidos en una nueva figura general llamada “violencia sexual”. Esto se recoge como un estándar garantista en materia de violencia sexual en tanto elimina la penetración o el acceso como verbos castigables y se refiere ampliamente a hacer o sufrir actos de naturaleza sexual.

²⁸ Este planteamiento es desarrollado mas adelante por el estándar presentado en el caso Jean Paul Akayesu del Tribunal Penal para Ruanda.

Señala el artículo 609-bis del Código Penal de Italia que quien, con violencia o amenaza o mediante abuso de autoridad constriña a alguien a hacer o sufrir actos sexuales será castigado con pena de prisión.

Esta modificación tuvo en consideración, no solo la dificultad en el debate que doctrina y jurisprudencia venían históricamente manteniendo sobre el tema de la penetración y el momento preciso de su consumación introducción total, parcial, vestibular o solo conjunción para poder identificar a qué tipo penal respondían los hechos; sino además, lograron identificar que hacer que la víctima describiera los hechos con ese nivel de detalle mecánico para determinar el tipo de delito, constituía una nueva forma de victimización y violencia contra ella.

Un documento académico al respecto señala que las sentencias de casación de la Corte han puesto en evidencia la falta de acuerdo entre la doctrina y la jurisprudencia acerca del momento exacto de comisión del delito de violación, según sea la introducción parcial del miembro viril en el cuerpo de la víctima o, al contrario, la conjunción de los órganos genitales, sin penetración (L'abuso sessuale en'ell ordinamento giuridico italiano, s.f).

El máximo representante del Ministerio Público en Milán, explicó que no había duda respecto de la naturaleza sexual de los hechos sexuales “incompletos”, aun cuando el propósito del autor no fuera el placer si no, por ejemplo, generar miedo o tomar venganza. Esto debe llevar a comprender que en general, lo que es importante es que los hechos constituyan un acto “ontológicamente” sexual (L'abuso sessuale nell'ordinamento giuridico italiano, s.f)

En este sentido, la definición amplia y genérica de “violencia sexual” es más compatible con la intención de proteger la libertad y dignidad sexual como un solo y único derecho.

La jurisprudencia italiana del más alto tribunal ha reiterado que la libertad sexual que protege el delito de violencia sexual no es una libertad negativa

simplemente de no ser coaccionada, sino además una libertad positiva de acción, de autodeterminación en el ámbito de la sexualidad, que se ve vulnerada completamente por cualquier acto de naturaleza sexual en el que no sea el deseo de la persona participar (Suprema Corte Di Cassazione 37916, 2012).

Es la ausencia de consentimiento lo que constituye el principal elemento del delito para su configuración, en el que en todo caso no se exige muestra de resistencia, dejando de lado la figura de la penetración como acción central castigada por el delito (Suprema Corte Di Cassazione 10516, 2012).

Está recogido de manera impecable el nuevo objetivo del delito en la sentencia de la Corte de Casación del año 2007, en la que establece que la violencia sexual no es menos grave porque se realice sin penetración, cual era el motivo de alzada alegado por la defensa del procesado. Sostuvo la Corte que no procedía el atenuante de menor gravedad porque el hecho se hubiere referido a contactos genitales y manoseo, sin penetración²⁹. Por el contrario, afirma la Corte que **“en este delito se impone una interpretación jurisprudencia que prescinde de la penetración, concentrándose en las consecuencias futuras para la víctima, sobre todo desde un punto de vista psicológico”** (Suprema Corte di Cassazione 32228, 2007)³⁰.

La evolución de la ley penal italiana, desarrollada por la jurisprudencia, al nivel de los más altos estándares en materia de derechos humanos que protegen la violencia de tipo sexual³¹, constituye una referencia como nueva forma de

²⁹ Es claro que, de no ser concebida una causal de menor gravedad, queda completamente fuera de consideración el que el delito quede en grado de tentativa porque no ocurre tal penetración. Es decir, resulta improcedente alegar por el defendido que el delito no se consume, mas alega que reconociéndose su consumación, es de menor gravedad. A esto, la Corte le contesta negativamente, quedando establecido que el que no haya penetración no implica, menor gravedad, por ende, tampoco, un delito no consumado de violación.

³⁰ La cita textual está en italiano. La traducción es de la autora. Negrita fuera del texto original.

³¹ Esta afirmación se hace a pesar de las apreciaciones que sobre el sistema penal italiano en relación con la violencia de género trae la reciente investigación compilada por la Directora del grupo Antígona de la Universidad Autónoma de Barcelona, Encarna Bodelón, *“Violencia de género y la respuesta de los sistemas penales”*, Ed. Didot, 2012. Este estudio identifica a Italia como un país modelo de los cuales han adoptado medidas pero no una legislación penal específica en material de violencia de género. No obstante dicha afirmación, tal investigación no hace un análisis del delito de violencia sexual desde la perspectiva que se plantea en el

abordaje de la persecución, investigación y sanción de este delito. Es ejemplo de cómo a nivel de una ley criminal nacional es posible introducir una perspectiva de género en la definición y judicialización, sin que ello necesariamente implique desprotección en los derechos del procesado.

b. Jurisprudencia

i. Tribunal Penal Internacional de Ruanda: Caso Akayesu

En relación con el concepto de penetración y delitos de violencia sexual en general, la sentencia del caso Akayesu (1998) es un referente obligado en la materia.

Jean Paul Akayesu era el alcalde de Taba en 1994, cuando se da inicio al genocidio en Ruanda. El Tribunal, entre otros, lo encontró culpable de los delitos de tortura y violación (Akayesu, 1998).

En el desarrollo de la sentencia sobre el delito de violación, señaló el Tribunal que una descripción mecánica de los objetos y de las partes del cuerpo que intervienen en la comisión de la violación no permite aprehender los elementos esenciales de este crimen.

Toma como referencia la Convención contra la tortura y otros tratos crueles inhumanos y degradantes, y señala que en la definición del crimen de tortura la Convención no enumera actos precisos, sino que prefiere hacer énfasis en el marco conceptual de la violencia sancionada. Y considera que esta aproximación es de gran interés porque así como la tortura, la violación es utilizada con fines de intimidación, degradación, humillación, discriminación, sanción, control o destrucción de una persona.

Afirma el Tribunal que el acto de violencia sexual, lejos de limitarse a la penetración física del cuerpo humano, puede incluir actos que no consisten en la penetración ni siquiera en contactos físicos (Akayesu, 1998).

presente estudio, de manera que permite identificar a la legislación penal italiana como hito transnacional en la protección en materia de violencia sexual, que también hace parte del concepto general de violencia de género.

Para el Estatuto del TPIR, los actos de violencia sexual entran en el campo de “otros actos inhumanos”, contemplados por el artículo 3 i); de los “atentados a la dignidad de la persona” contemplados en el artículo 4 e); y en los “atentados graves a la integridad física o mental” contemplados en el artículo 22 b).

ii. Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia: Caso Furundzija

Anton Furundzija fue encontrado culpable, entre otros, de la violación de una mujer musulmana (1998). En la sentencia en lo relativo al concepto de penetración como elemento del delito de violación establece que constituye delito así esta sea ligera. Un estándar que pone de presente que la duración es un elemento irrelevante para la consideración del delito de violación³².

2.3 Estándares en materia de valoración de la declaración de la víctima

Al igual que en el apartado anterior, en relación con la valoración para la declaración de la víctima como prueba única, se distinguen varias clases de estándares al respecto, en este caso: normativos, de jurisprudencia y de políticas públicas internacionales. De tipo normativo se encuentran las Reglas de Procedimiento y prueba 63 y 70 del Estatuto de Roma, y la 96 del TPIY; en relación con la jurisprudencia, están las sentencias de los casos Tadic, Furundzija, Foca y Aleksovski; y en lo referente a políticas públicas se presenta el Manual de legislación sobre violencia contra la mujer de las Naciones Unidas.

a. Normatividad

i. Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de la Corte penal Internacional y del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia

Las reglas de Procedimiento y Prueba número 63, 70 y 71 del Estatuto Procesal de la CPI, y la número 96 del TPIY, consagran expresamente que no

³² Respecto de la penetración como tal, la sentencia no tiene otro pronunciamiento, sin embargo, ella constituye también un precedente estándar en relación con la valoración de la declaración de la víctima, como se ve en el siguiente apartado.

se debe exigir la corroboración del testimonio de la víctima, así como que no es admisible argumentar el consentimiento como estrategia defensiva³³.

La regla 70 literal d) del Estatuto de Roma prohíbe expresamente presentar como prueba la vida sexual de la víctima o ser utilizada para dudar de su testimonio. Por su parte la Regla 71 del mismo ordenamiento señala que no son admisibles pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo. Se describen textualmente las reglas a continuación. Se describen textualmente las reglas a continuación.

Reglas de procedimiento y prueba del Estatuto de la Corte Penal Internacional (2000):

Regla 63:

la Sala no requerirá corroboración de la prueba para demostrar ninguno de los crímenes de la competencia de la Corte, en particular los de violencia sexual.

Regla 70 -Principios de la prueba en casos de violencia sexual-:

- a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre,
- b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre,
- c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual,
- d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo.

Regla 71:

La Sala no admitirá pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo.

³³ En las circunstancias de los literales a y b de la Regla 96 del Estatuto de Procedimiento y Prueba del TPIY.

En relación con las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto del TPIY señala expresamente la Regla 96, i) que

En casos de violencias sexuales:

- i) la corroboración del testimonio de la víctima por parte de testigos no es requerida;
- ii) el consentimiento no podrá ser utilizado como medio para la defensa en los casos en los que la víctima:
 - a) estuvo sometida a actos de violencia o si estuvo coartada, detenida o sometida a presiones psicológicas o si temía ser víctima de ellas o estaba amenazada con ser víctima de tales actos, o
 - b) consideró de manera razonable que si no se sometía un tercero podría ser víctima de tales actos, ser amenazado o coartado por el miedo;
- iii) antes de que las pruebas relativas al consentimiento sean admitidas, el acusado debe demostrarle a la Sala de Primera Instancia a puerta cerrada que las pruebas son pertinentes y creíbles;
- iv) el comportamiento sexual que haya tenido la víctima con anterioridad no se admitirá como prueba para la defensa

En conclusión, la regla 63 del ECPI y 96 del estatuto del TPIY prohíben requerir corroboración de la prueba en casos de violencia sexual. Las reglas 70 literal d) y 71 del ECPI prohíben expresamente presentar como prueba la vida sexual de la víctima o ser utilizada para dudar de su testimonio, así como declara inadmisibles las pruebas del comportamiento sexual anterior o ulterior de la víctima o de un testigo.

b. Jurisprudencia

i. Corte Constitucional de Colombia, sentencia T 453 de 2005

De la revisión jurisprudencial realizada por la autora a lo largo de esta y otras investigaciones en la materia, no se ha encontrado una sentencia que recoja tan fehacientemente los estándares sobre la prohibición de consideración de la experiencia sexual de la víctima como criterio para valorar su credibilidad, como la sentencia de la Corte Constitucional 453 de Colombia. Esta sentencia

es uno de los estándares de jurisprudencia más altos en materia de protección de la vida privada y dignidad de las víctimas de delitos sexuales.

Ello se debe a que para el análisis de la cuestión que consideraba, la Corte se dedicó a una amplia investigación sobre los estándares internacionales³⁴ en materia de protección de las víctimas de violencia sexual y a un análisis detallado sobre el problema de alegar la experiencia sexual de la víctima para valorar la credibilidad de su testimonio.

Al respecto señala que, antes que nada, a las víctimas, en especial de estos delitos, les asiste un derecho a ser protegida en su intimidad. De manera que cualquier prueba que se refiera al comportamiento sexual o social previo, de una víctima de violencia sexual, resulta una intromisión innecesaria, irrazonable y desproporcionada; que pruebas de este tipo solo apuntan a cuestionar la idoneidad moral de la víctima lejos de aportar elementos de juicio sobre la forma como ocurrieron los hechos que se investigan; y que tal alegato no busca sino reproducir “un prejuicio social según el cual de una mayor predisposición o experiencia sexual se puede inferir el consentimiento de la víctima” (Corte Constitucional de Colombia, 2005).

Afirma la Corte colombiana que discutir o valorar la experiencia sexual de la víctima lleva a que el proceso se aparte de sus finalidades primigenias la realización de justicia y la aclaración de la verdad, y se transforme en un mecanismo de reproducción de prejuicios sociales adversos a las mujeres víctimas de conductas que podrían configurar delitos en contextos sexuales.

Los estándares que recoge esta sentencia, incluyen los referidos anteriormente en este acápite Estatutos de Roma y de los TPIR y TPIY, así como las Convenciones e instrumentos internacionales de protección de los derechos de las mujeres y además señala:

³⁴ Parte de los estándares que recoge esta sentencia fueron mencionados ya previamente en este documento, como la protección en el plano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma y del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia.

- La declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso del poder.
- Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.
- Código Federal de Pruebas (Federal Rule of Evidence), Regla 412 de los Estados Unidos³⁵.
- Jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:
 - Caso 12.350 de 2001 contra Bolivia;
 - Caso 11.565 de 2001 contra México.
- Jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos:
 - Caso 23178 de 1994, Caso Aydin contra Turquía;
 - Caso 39272 de 1998, 4 de diciembre de 2003. Caso M.C. contra Bulgaria;
 - Caso 33218 de 1996, noviembre 11 de 2002. Caso E. y otros contra el Reino Unido.
- Jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá:
 - Caso R. v. Park, 1995,
 - Caso R. v. O Connor, 1995.
- Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Dinamarca:
 - Caso U1991.534H, mayo 7, 1991, Juror trial II 320/1990, II 335/1990 y II 346/1990,
 - Caso U1993.941V, Western High Court Judgment, agosto 17, 1993, Apelación 5-S. 3125/1992

³⁵ Este estándar es retomado mas adelante por el documento de las Naciones Unidas sobre Legislación en materia de violencia contra la Mujer, 2010.

Vale decir que cada uno de las normas y pronunciamientos que esta sentencia recoge constituyen a su vez parámetros garantistas que condenan la valoración de la experiencia sexual de la víctima como criterio de credibilidad. No obstante, el ejercicio de recogerlos todos y poner en evidencia que esos deben ser los fundamentos a la luz de los cuales se examine un problema jurídico de derechos fundamentales, como el de la consideración de la vida sexual de la víctima, pone al margen percepciones subjetivas, reglas de la experiencia y la lógica, para blindar su pronunciamiento con herramientas de derechos humanos y otros estándares transnacionales, haciéndola completamente legítima y justa.

Al recoger los estándares internacionales en la materia, esta sentencia no solo en Colombia, sino a nivel mundial, constituye un referente de garantías, como uno de los más altos estándares en materia de derechos humanos de las mujeres, en especial de las víctimas de violencia sexual, en relación con la valoración de la declaración de su testimonio.

En resumen, esta sentencia sustenta sobradamente que cualquier consideración a la vida privada y sexual de la víctima es improcedente y desconoce los derechos humanos de la afectada. Constituye esta decisión un modelo de análisis del problema jurídico y su *ratio decidendi* un estándar garantista para las víctimas de violencia sexual.

ii. Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia: Casos Tadic, Foca, Alekvoski y Furundzija

El Tribunal, en el caso contra Dusko Tadic (1997), le encontró culpable del delito de persecución. Dentro de las acciones constitutivas de este delito se cuenta una campaña de terror llevada a cabo contra los habitantes musulmanes y croatas de Prijedor en la que se practicaron entre otros, actos de violencia sexual.

Según lo establece el Tribunal, se le confiere al testimonio de la víctima de violencia sexual la misma presunción de credibilidad, que a las víctimas de otros crímenes. Así mismo señala que el principio *unus testis, nullus testis* ha desaparecido en todos los sistemas jurídicos modernos de Europa continental y que ningún motivo permite concluir que la corroboración forma parte del Derecho Internacional Consuetudinario, y que ese Tribunal tendría que aplicarlo (1997).

Por su parte, en el caso Alekvoski, el TPIY (2000) señala que no se requiere la corroboración del testimonio de la víctima, ni siquiera de expertos ni de peritos. Aclara que ni el estatuto ni el Reglamento imponen exigir informes médicos o cualquier otro elemento de prueba de carácter científico para probar un hecho material.

Finalmente, el TPIY en los casos Foca (2001), Tadic (1997) y Furundzija (1998) establece claramente que son irrelevantes las imprecisiones sobre la secuencia de los hechos, los detalles de los acontecimientos y las fechas en que estos ocurrieron. En el caso Furundzija (1998) particularmente, señala el Tribunal que el que la testigo incurra en algunas contradicciones es más bien señal de que no hay una narración preconstruida.

En conclusión, se puede decir que el TPIY es claro en establecer que es posible la condena con prueba única, que por lo tanto no se exige ni se debe exigir corroboración del testimonio, ni con peritos ni expertos. Y que al final, las imprecisiones sobre la secuencia de los hechos, los detalles de los acontecimientos y las fechas en que estos ocurrieron son irrelevantes, y por el contrario, permitirían establecer de que no se trata de una declaración reordenada.

c. Políticas públicas internacionales

i. Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer de las Naciones Unidas

Este documento fue publicado en el 2010 por la Organización de Naciones Unidas —ONU—, elaborado por la División para el Adelanto de la Mujer del Departamento de Asuntos económicos y Sociales, que apoya el trabajo de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, el Consejo Económico y social y la Asamblea General de las Naciones Unidas en materia de igualdad entre los géneros y el empoderamiento de la mujer.

Dentro de todos los estándares que recoge, en general, en relación con legislación sobre violencia contra la mujer, trae un apartado especialmente titulado *Eliminación de elementos discriminatorios en los procedimientos judiciales relativos a la violencia sexual* (ONU, 2010).

Las medidas que este documento recomienda sean adoptadas por los Estados en la materia tienen que ver precisamente con la eliminación de las normas de corroboración, con la no introducción como prueba del historial sexual de la víctima.

En relación con la experiencia sexual de la víctima como prueba en los procesos por delitos sexuales, afirma las Naciones Unidas que en muchos países aun esta estrategia sigue siendo utilizada para trasladar el debate jurídico del victimario a la víctima. Generalmente, las víctimas a las que les es injustificadamente vulnerada su intimidad, vuelven a sufrir victimización durante los interrogatorios de quien representa la defensa del procesado, que tienden a apuntar hacia allá.

Señala este documento que son necesarias leyes que, de manera directa y expresa, impidan la introducción de la prueba sobre la experiencia sexual de la víctima en aras de proteger la intimidad de las mujeres y evitar pruebas que predispongan a la judicatura. Como ejemplo de legislaciones en donde estas medidas normativas se han adoptado, señala:

- La Norma Federal sobre Pruebas 412 de los Estados Unidos, tras la modificación insertada por la Ley de Violencia contra la Mujer de 2004³⁶;
- La Ley de Procedimiento Penal de 1986 de Nueva Gales del Sur de Australia, en su apartado 2 sección 293; y
- La Ley de Pruebas de la India, modificada en el 2003.

Sobre este punto cierra el documento afirmando que “es importante garantizar que tal legislación no la debiliten lagunas legislativas o interpretaciones judiciales desfavorables” (ONU, 2010).

Ahora, en relación con la exigencia de corroboración del testimonio de las víctimas de violencia sexual, el documento señala que “la legislación debe abolir la norma de corroboración o advertencia cautelar con respecto a las demandantes en asuntos de violencia sexual: señalando que ‘será ilegal exigir la corroboración de las pruebas de la demandante; creando una suposición de credibilidad de la demandante en asuntos de violencia sexual; afirmando que la ‘credibilidad de la demandante en un asunto de violencia sexual será la misma credibilidad de una parte demandante en cualquier otro procedimiento penal’ (ONU, 2010).

En el comentario a las recomendaciones manifiesta que la “advertencia cautelar es una práctica por la cual un tribunal advierte a sí mismo o al jurado que es peligroso condenar a partir de las pruebas no corroboradas de la demandante/superviviente (también conocida como la ‘norma de corroboración’)” (ONU, 2010).

Señala así mismo que esa práctica tiene como fundamento la creencia de que “las mujeres mienten sobre la violación” (Naciones Unidas, 2010), por lo tanto, debe exigirse corroboración de su testimonio. No obstante, manifiesta que legislaciones como las de las Islas Cook, basada en la legislación de Nueva Zelanda y la de Namibia, “dispone que quedará anulado cualquier requisito

³⁶ Este fue también un estándar acogido por la sentencia de tutela colombiana que se cito anteriormente.

exigido por cualquier ley o práctica anterior de que la prueba de una superviviente de violación o agresión sexual tuviera que ser respaldada por corroboración para que se dicte condena” (ONU, 2010).

Este manual constituye también un estándar político que reitera los principios y derechos para las mujeres víctimas de violencia sexual, especialmente de violación, que la Organización de las Naciones Unidas promueve para su incorporación en las prácticas judiciales internacionales.

CAPÍTULO V: HALLAZGOS DEL ESTUDIO

Tras el estudio de los casos seleccionados se pudo establecer que los debates alrededor del delito de violación, en grado de tentativa, se orientan a determinar que lo que sucedió no fue una agresión sexual consumada porque no hubo o no se probó la penetración, siendo permanente la valoración de la declaración de la víctima; prueba directa única del caso.

Producto de este análisis se ha reiterado jurisprudencia en materia de los estándares para considerar la penetración y consumación del delito de violación, y en los principios que deben orientar la valoración de la declaración de la víctima. No obstante, la realidad observada en los casos estudiados es que dichos estándares y principios, que de manera general podrían considerarse apropiados, no son siempre aplicados en los casos. De hecho, los que deberían ser criterios generales a la hora de analizar estos casos resultan ser la excepción.

Dado que la fuerza incriminatoria del elemento de la penetración del delito de violación la tuvo en todos los casos la declaración de la víctima, la lógica del razonamiento presentado en las sentencias fue descartar la existencia de la penetración a partir de restarle credibilidad al testimonio de la víctima solo respecto de este punto. Sin embargo, los criterios de valoración probatoria utilizados para llegar a esa conclusión distan bastante de los que por principio ha desarrollado la misma jurisprudencia española.

En los próximos dos apartados, se analizarán tanto el concepto de penetración, así como los principios para valorar la declaración de la víctima en casos de violencia sexual, especialmente cuando ella es la única prueba incriminatoria.

1. El concepto de penetración en la jurisprudencia española

Este apartado contiene los resultados de la revisión de las sentencias de la muestra en relación con el concepto de penetración. Se organizan en dos apartados, uno referido a la definición y alcance que la judicatura le ha dado a ese término; y el siguiente, otros elementos de tal concepto cuando se analiza a la luz de la figura de la tentativa como modalidad de comisión del delito y del bien jurídico de la libertad sexual protegido por los delitos sexuales.

El objetivo es presentar los hallazgos en la jurisprudencia, hilados con una idea de lo que se encontró, sin valoraciones al respecto. Los juicios y análisis de los resultados se presentan en el acápite de las conclusiones.

1.1 Definición técnica

En el marco de las sentencias estudiadas se encontraron desarrollos del concepto y alcance que la jurisprudencia le da a la penetración, en tanto elemento del delito de agresión sexual contemplado en artículo 179 del Código Penal español. Así, el Tribunal Supremo enseña que la penetración es la

‘conjunctio membrorum’, [que es una noción] que esta Sala ha venido manteniendo desde el concepto de “yacimiento”, sustituido por el de “acceso carnal” (...) [que] permite incluir como ejecución consumada del delito de violación por vía vaginal a los “accesos vestibulares”, reputando parte de la cavidad vaginal la introducción o superación del “labium minus” y el “labium majus”, por tanto, alcanzando ese nivel se reputaría producida la penetración (Caso Nº 2).

Por su parte, la Audiencia Provincial de Murcia entiende que para tener consumada la acción de la penetración

no se requiere rotura de himen, ni siquiera que la penetración del miembro viril sea completa, bastando con la introducción más o menos profunda.

La vía vaginal del nuevo texto legal se utiliza con las dos restantes (anal y bucal) para integrar la definición delictiva, sin intención de hacer una acotación o señalamiento de un límite anatómico, con eficacia y virtualidad asimiladora a cavidad genital femenina, por la razón teleológica de que la penetración violenta, aunque no llegue a rebasar la zona vestibular femenina, atenta con plenitud de

efectos contra la libertad sexual de la mujer y constituye una lesión completa de ese bien jurídico (Caso N° 5).

La Audiencia Provincial de Toledo, recoge y reitera jurisprudencia al respecto, señalando que:

La sentencia 625/2010 de 6 de julio reseña que para que pueda existir consumación [y penetración] es preciso que aun cuando el miembro corporal no acceda al interior de la vagina si que, al menos, traspase los labios mayores, es decir, que hace una total parificación de los genitales externos e internos, a los efectos de determinar el grado de ejecución”. Sin embargo, aclara decididamente que “el simple roce del miembro corporal con el exterior, sin llegar de ninguna manera a acceder a la zona vestibular, no puede constituir delito consumado.

la vía vaginal se utiliza en el Código para distinguirla de las vías anal y bucal, que pasaban a integrarse en la definición delictiva sin intención de hacer una acotación o señalamiento de un límite anatómico, y debe ser parificada a cavidad genital femenina en la que se integran, los genitales internos y externos por la razón finalística de que la penetración -en este caso introducción- violenta, aunque no traspase la zona vestibular que tiene por frontera el himen, ya atenta con plenitud de efectos contra la libertad sexual de la mujer cuando tiene capacidad para ejercer este derecho y en cualquier caso, lesiona o agravia su intangibilidad sexual y su intimidad, siendo evidente que inclusive anatómicamente el ámbito que determinan el labium majus y el labium minus forma con la vagina una unidad, toda vez que tales partes son externas a la vagina, pero de todos modos interiores del cuerpo y, por lo tanto, su penetración es perfectamente posible desde el punto de vista físico e implica, jurídicamente, una lesión completa del bien jurídico (Caso N° 6) ³⁷.

Finalmente, se tiene lo mencionado por la Audiencia Provincial de Barcelona, que viene a develar la relación entre penetración y profundidad, esta última irrelevante a efectos de configuración del delito. Señala que:

Así, y aun siendo conscientes de la más reciente jurisprudencia del TS en cuanto a entender como agresión consumada el conocido como "coito vestibular" en

³⁷ Esta sentencia recoge la jurisprudencia en la materia en las sentencias STS 365/2006 de 24 de marzo , 1456/2001 de 20 de julio , 792/95 de 20 de junio y STS. 384/2005 de 17 de marzo.

supuestos en los que la penetración fue tan poco profunda que no llegó a romperse el himen (Caso N° 7).

De una lectura mas fina de las sentencias se puede extraer que, en la aplicación de tal teoría a los casos concretos, se introducen nuevos elementos que matizan tal concepto. Ello tiene que ver con las lesiones o esperadas huellas físicas que deben quedar, incluso del llamado coito vestibular.

Por ejemplo, la sentencia del 2011 del Tribunal Supremo, manifiesta de manera explícita que:

aunque la ofendida no fuera sometida a observación inicial, no se aprecian datos que puedan justificar un acceso "vestibular" como las lógicas escoriaciones, rasguños o laceraciones, por insignificantes que fueran, una vez sometida a la exploración del médico forense cuatro días después de los hechos (Caso N° 2).

Asimismo la Audiencia Provincial de Logroño considera que

[t]ampoco consta un simple acceso vestibular a la zona vaginal de [A], pues de haber sido así, conforme a las leyes de la lógica, la ciencia y la experiencia el acceso hubiera producido algún tipo de escoriación, rasguño o laceración, por insignificantes que fueran, y el médico forense no objetivó ninguna lesión, por pequeña que fuera, en la exploración ginecológica
(...)

Llama la atención que una **agresión sexual** cometida con una fuerza por parte del agresor dirigida a vencer la resistencia de la víctima, no produzca unas mínimas lesiones en la zona genital (Caso N° 3)³⁸.

Estas afirmaciones son aún más interesantes si se analizan junto con las que previas a ellas había hecho la judicatura. Ambas sentencias señalaron de manera literalmente exacta que

³⁸ Lo que a esta autora le llama la atención de esta última frase de la cita, es que el juez considere que deben quedar huellas en los genitales cuando se ha hecho fuerza para vencer la resistencia de la víctima, pues la fuerza se utiliza es para inmovilizar e impedir que la víctima se oponga, no necesariamente para la penetración. Es decir, son dos cosas diferentes, la fuerza que vence la resistencia y la fuerza de la penetración, que pueden coincidir, pero que no resulta correcto asumirlo como regla y principio general.

no es conforme a las leyes de la lógica, la ciencia y la experiencia que estando el himen íntegro pueda haberse encajado el miembro viril en la vagina de la víctima (Caso N° 2, Caso N° 3).

A pesar de estos hallazgos, se encontró una sentencia completamente opuesta en la que afirma el magistrado ponente que puede darse una agresión sexual sin la necesidad de que queden huellas de la acción. Señala que

Que no se encontrasen vestigios objetivados de lesiones vaginales no acredita – y menos de manera fehaciente, indubitada e inequívoca exigida por la doctrina de esta Sala- que el acusado no introdujese uno de sus dedos en la vagina de la mujer, aunque no quedara ninguna huella física y visible de tal acción (Caso N° 20).

1.2 En relación con la tentativa y el bien jurídico

Ahora, en relación con el concepto de penetración, viene a fin estudiar la figura de la tentativa para los casos de la violación. Esto, por que cuando se encuentra que este delito acoge dicha modalidad, significa para los casos estudiados que la penetración no se alcanzó, sucedió o probó. Y la implicación directa de ello, además de descartar este elemento, es de significar un daño menor a la libertad sexual de la víctima.

Por principio de derecho penal, la figura de la tentativa está asociada con una valoración de la antijuridicidad del delito, en la que no se logra lesionar completamente el bien jurídico que protegen.

La jurisprudencia ha entendido la libertad sexual como bien protegido por el delito de violación, junto con los demás delitos sexuales, como “autodeterminación o libre disposición de la potencialidad sexual y el derecho a no verse envuelto sin consentimiento en una acción sexual (...) la idea de libertad sexual exige voluntad consciente y responsable en el sujeto pasivo” (Caso N° 16).

Otro caso precisa sobre el concepto de bien jurídico, qué irrelevantes son los sentimientos o deseos del sujeto activo para la realización de la acción. No

importa “si el comportamiento es o no de naturaleza libidinosa, lasciva o lujuriosa. A lo que ha de atenderse es a si objetivamente el acto, que se impone al sujeto pasivo, pertenece o no a su capacidad de libre autodeterminación en la esfera de lo sexual” (Caso N° 12).

Si la naturaleza de la figura de la tentativa es que el delito no alcanzó a cometerse, viene de ello que el bien jurídico no alcanzó a vulnerarse, sino solo a amenazarse de ser afectado. Recoge la jurisprudencia al respecto la Audiencia Provincial de Logroño, indicando que:

[l]a jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, [en] sentencias 625/2004; 252/2006, 154/2006 o 920/2011, califica la tentativa acabada cuando los actos de ejecución están prácticamente completados y la peligrosidad para la víctima es inminente, siendo la tentativa inacabada cuando la energía criminal desplegada no revele gran energía y paralelamente, el peligro para la víctima no es tan inminente (Caso N° 3).

A diferencia de los delitos consumados, los delitos en grado de tentativa ponen en peligro —de manera más o menos inminente— el bien jurídico protegido. Los primeros superan el peligro para convertirlo en una completa lesión, los delitos tentados son solo inminentemente peligrosos.

Para analizar esta figura, se traen los hechos de varios casos que quedaron en grado de tentativa gracias a la resistencia de la víctima, aunque el cuerpo y el ámbito íntimo ya se encontraren completamente invadidos.

Por ejemplo, el caso estudiado en el que una mujer que entra a un bar es asaltada sexualmente por su propietario en una escena que la sentencia describe así:

[M], me vas a follar, ¿verdad? Aquí has venido a follar...’ ante lo cual ella nuevamente le solicitó que le permitiera marcharse, abalanzándose entonces el procesado arrancándole la camiseta, y el pantalón, dejándola semidesnuda, como evidente ánimo libidinoso. Tras quitarle la ropa, mostrándole su pene, sujetó violentamente el brazo de [M] para atraerla hacia si, realizándole tocamientos en sus pechos y genitales. Al intentar huir, la tiró sobre la colchoneta, mientras le

decía 'ponte ahí que tu has venido a follar', para intentar penetrarla vaginalmente impidiéndoselo ésta al cerrar fuertemente sus piernas, a pesar de la multitud de golpes que la propinó para lograr su propósito (sic). (Caso N° 9)

Otro ejemplo dramático lo trae una sentencia del nivel Provincial que relata los hechos en los que

Severino se quitó la ropa y agarró a [T] de los brazo, intentando inmovilizarla, a la vez que le quitaba la ropa, la camiseta, y le bajaba unas mallas y las bragas. Como [T] se resistía fuertemente a la pretensión de S, este comenzó a golpearla en la cara a la vez que intentaba abrirla las piernas y penetrarla vaginalmente no siéndole posible dada la resistencia ofrecida por [T], [S] acercó, entonces, el pene a la boca de [T] con ánimo de introducirse, pero ésta aprovechó para, a la vez que le empujaba, darle un mordisco en la punta del pene (Caso N° 13)

En este último caso se consideró un delito de violación en grado de tentativa ya que la penetración no se consiguió debido a la fuerte resistencia de la víctima por haber mantenido las piernas juntas. Ninguna mención se hace sobre la obligación en la que se vio la mujer de permitir la introducción del pene en su boca para proceder a defenderse con un mordisco.

Una de las sentencias estudiadas llama particularmente la atención, si se tiene en cuenta la relación entre el grado en que queda calificado el delito y el control del cuerpo e invasión en intimidad a la que se vio sometida la víctima por parte del procesado, quien era su esposo, cuyos hechos describe al fallo como sigue.

Diciéndole que quería dormir con ella esa noche, le tocó varias partes del cuerpo y le agarró el cuello y los hombros, negándose [P] que se fue a la cocina, a donde el procesado la siguió reiterando sus intenciones y como quiera que su esposa se negase de nuevo, reaccionó de modo violento, quitándole la parte de abajo del pijama que vestía y las bragas, manoseándole los pechos y zona vaginal y agarrándola por los hombros la empujó hacia el dormitorio y tirándola encima de la cama, se echó encima de ella, agarrándola por los brazos e intentando a continuación abrirla las piernas, oponiéndose [P]. (Caso N° 11)

Este caso también fue calificado como tentativa, implicando esta figura jurídica que al no cometerse la introducción del pene vaginalmente, la libertad e indemnidad sexuales se vieron amenazadas, mas no vulneradas concretamente.

Por último, el caso de la Audiencia Provincial de Logroño sobre unos hechos en los que se probó que el agresor “E” retenía a “A” contra su voluntad,

estuvo dando vueltas con el vehículo durante un tiempo no determinado pero sumamente dilatado, hasta que paró en un descampado a las afueras de la localidad de Rincón de Soto, donde una vez fuera del vehículo [E] empezó a golpear a [A] , con las manos, con los pies, y con un cinturón, y a continuación le dijo que se quitara la ropa, negándose [A] a desnudarse, y siguiendo [E] golpeándola a la vez que le quitaba la ropa, hasta dejarla desnuda por completo; y a continuación [E] tumbó en el suelo a [A], y reteniendo [E] por la fuerza a [A] , se bajó los pantalones y los calzoncillos a la altura de las rodillas, quedando sus órganos geniales al descubierto, y empleando fuerza sobre [A] para separarle los muslos, intentó penetrarla vaginalmente, lo que no consiguió por la resistencia que ofrecía [A], que consiguió zafarse de [E] y escapar (Caso N° 3.).

En este caso, descartada la violación y configurada la tentativa, señaló la Audiencia que por tratarse de una tentativa inacabada, en tanto que “los actos de ejecución estaban casi cumplidos”, el agresor puso

en grave peligro el bien jurídico protegido, siendo inminente y grave el riesgo corrido por [A], que se encontraba a merced de su agresor, en un descampado, de noche, sin nadie que pudiera auxiliarla; y si no consiguió el acusado su propósito fue por la fuerte resistencia ofrecida por la víctima, impidiendo primero la penetración, y huyendo después (Caso N° 3).

En los casos anteriores, sin importar la invasión de los hechos, se puede concluir que al quedar el delito en grado de tentativa se entiende no afectaron los hechos la libertad sexual, sino solamente la pusieron en riesgo. No se configura con la tentativa una limitación injustificada a la libertad, indemnidad o dignidad sexuales, una completa violación a la “autodeterminación o libre disposición de la potencialidad sexual y el derecho a no verse envuelto sin

consentimiento en una acción sexual” (Caso Nº 16) sino tan solo una amenaza de, por poco, haber sido violada.

En estos casos vale decir que la figura de la tentativa le beneficia al procesado punitivamente significándole una reducción. Es decir que, gracias a la resistencia de la víctima para impedir que fuera penetrada, la ley considera menos grave el delito otorgándole una pena menor al procesado.

2. La valoración de la declaración de la víctima de violencia sexual en la jurisprudencia española

2.1 La dificultad probatoria

La jurisprudencia revisada permite afirmar que la judicatura reconoce las circunstancias privadas y ocultas en las que suceden los hechos de violación, teniendo “normalmente la naturaleza de clandestinos” (Caso Nº 13).

El Tribunal Supremo de lo Penal ha señalado

[l]a especial caracterización criminológica de esos delitos [sexuales] producidos en el alejamiento y la soledad, hacen que toda o la mayor parte de la prueba bascule sobre el testimonio de la víctima, en tal trance las personas afectadas por este tipo de acciones (agresiones sexuales), en particular en los casos de penetración vaginal, el propio estado de secretismo u ocultación no siempre permite acreditar de una manera precisa si el acceso carnal fue total, parcial, forzado o no (Caso Nº 2).

Además de las condiciones de comisión del delito, reconocen que por lo mismo la declaración de la víctima juega un papel fundamental como prueba del delito y de la responsabilidad del hecho.

Los delitos contra la libertad sexual tienen normalmente naturaleza de clandestinos, las manifestaciones de las víctimas adquieren un carácter preponderante. (Caso Nº 17).

Por razones puramente circunstanciales o incluso buscadas de propósito por el agresor, se producen en un marco de intimidad o en contextos que impiden el conocimiento de terceras personas o la aportación de cualesquiera otros medio de prueba directa (Caso Nº 14).

Imponen prácticamente para su posible comisión que la misma tenga lugar en circunstancias que impiden o dificultan en extremo la presencia de testigos directos (Caso Nº 14).

Reconocen, además, que las sentencias condenatorias pueden estar basadas en la declaración de la víctima como prueba única, en tanto tiene entidad suficiente como prueba para desvirtuar el principio de inocencia.

La declaración incriminatoria de la víctima del hecho ilícito constituye prueba de cargo suficiente para fundar una sentencia condenatoria (Caso N° 3).

Son hábiles por si solas para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia, y de manera específica en los delitos en que por las circunstancias que se cometen no suele concurrir la presencia de otros testigos (Caso N° 10).

La declaración de la víctima [es] (...) susceptible de enervar la presunción de inocencia (...) lo que no significa, desde luego, que con tal declaración quede desvirtuada la presunción de inocencia, dándose por probada la acusación (...) sino únicamente que dicha prueba no es inhábil a los efectos de su valoración como una prueba mas por el Tribunal sentenciador (Caso N° 11).

La declaración de la víctima no es prueba indiciaria sino directa (...) esto no quiere decir que la existencia de esa declaración convierta por si misma y automáticamente en prueba de cargo suficiente, pues como todas esta sometida a la valoración (Caso N° 21).

Conforme se ha reiterado ya en innumerables oportunidades por el Tribunal Supremo, —por todas, sentencia de 16 de mayo de 2.007—, la declaración de la víctima, sobre todo en los delitos cometidos en la intimidad, puede integrar la prueba de cargo necesaria para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, pues de otra manera se crearían espacios de impunidad inaceptables con relación a aquellos ilícitos penales, por lo general de extrema gravedad, que precisamente por serlo imponen prácticamente para su posible comisión que la misma tenga lugar en circunstancia que impiden o dificultan en extremo la presencia de testigos directos (Caso N° 14).

Sin embargo, una perspectiva de la dificultad probatoria desde el acusado y el principio de inocencia, según la judicatura, advierte un alto riesgo para el procesado.

Constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad (Caso N° 3).

El T.S. ha tenido ocasión para analizar reiteradamente supuestos como el que nos ocupa, definiendo una línea jurisprudencial que podemos considerar consolidada. En el desarrollo de esta doctrina está presente la dificultad probatoria que presentan los delitos contra la libertad sexual, pero también la necesidad de garantizar los derechos del acusado que deben ser preservados aun más, si cabe, cuando se trata de enjuiciar delitos de tanta gravedad como el que nos ocupa (...)

También ha declarado el Tribunal Supremo en muchas ocasiones – por ejemplo S. de 29-12-97 que la situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito (...)

El riesgo se hace extremo si la supuesta víctima es precisamente quien inicio el proceso (...) haciéndose mas acentuado aun si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación el propio acusador (...)

Basta con formular la acusación y sostenerla personalmente en el juicio, para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser el quien demuestre su inocencia frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien la acusa. Todavía cabe alcanzar un supuesto más extremo, en aquellos casos en que la declaración de acusador no solo es única prueba de la supuesta autoría del acusado, sino también de la propia existencia del delito, del cual no existe acreditación alguna, fuera de las manifestaciones de quien efectuar la acusación; llegándose al grado máximo de indefensión para el acusado cuando la acusación fundada exclusivamente en la palabra del acusador es tan precisa en su circunstancia o en el tiempo que no hay prácticamente posibilidad alguna de prueba en contrario (Caso Nº 10).

Estos antecedentes jurisprudenciales, advierten una comprensión amplia del fenómeno de la violación, reconociendo como doctrina suya la dificultad probatoria que enfrentan estos delitos. Además, enseñan que la prueba no debe ser una carga para la víctima sino para el juez o la jueza, que debe valorar y ponderar con más rigor, incluso cuando la única prueba sea el testimonio inculpativo de esta.

Sin embargo, también se aprecia que una situación, que es propia de los delitos de violación —el hecho de que la única prueba sea la declaración de

quien denuncia los hechos, la víctima—, es considerado “un grado máximo de indefensión para el procesado” (Caso N° 10).

2.2 Criterios para la valoración de la declaración de la víctima

Como se vio en el marco de tal dificultad probatoria; la valoración de la declaración de la víctima, la mayoría de veces como prueba única, toma suma importancia a la hora de desvirtuar el constitucional principio de presunción de inocencia. Los criterios para valorar la credibilidad de la víctima son un tema muy reiterado y extensivamente tratado por las sentencias estudiadas. Al mismo tiempo, recogen la línea jurisprudencial de las Altas Cortes — generalmente de los años noventa— que se han pronunciado al respecto, estableciendo la tendencia de la doctrina judicial en la materia³⁹.

Los criterios que ha implementado y desarrollado la jurisprudencia, en relación con la valoración de la declaración de la víctima son: a) la ausencia de incredibilidad subjetiva, b) verosimilitud y c) persistencia de la incriminación.

Sobre la “incredulidad” (Caso N° 17) manifiestan las sentencias estudiadas que las declaraciones de las víctimas deben estar dotadas de

Ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, u otro interés de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre (Casos N° 3, 10, 11); [o] que privase al testimonio de la aptitud para generar ese estado subjetivo de certidumbre en que la convicción judicial estriba (Casos N° 13 y 17).

³⁹ El nicho citacional cronológico que se recogió de las sentencias estudiadas es el siguiente: Sentencias del Tribunal Constitucional 173-90, 79-90, 229-91, 283-93, y 64-94; y del Tribunal Supremo 28-09-88, 13-09-91, 26-05-92, 05-06-92, 26-05-92, 26-10-92, 05-06-92, 04-10-94, 08-11-94, 15-12-95, 27-04-95, 11-10-95, 15-12-95, 27-04-95, 11-10-95, 15-04-96, 12-07-96, 15-04-96, 05-04-96, 26-05-96, 05-06-96, 02-02-96, 03-04-96, 15-04-96, 29-12-97, 29-04-97, 18-06-98, 30-01-99, 22-04-99, 20-10-99, 9-10-99, 01-10-99, 22-04-99, 13-02-99, 29-04-99, 22-04-99, 23-06-00, 15-04-04, 23-09-04, 19-12-05, 02-10-06, 23-05-06, 20-07-06, 16-05-07, 12-06-07, 10-07-07. De resaltar es que las sentencias mas citadas entre las sentencias estudiadas, que podrían llamarse fundantes de jurisprudencia por su reiteración son: Tribunal Constitucional 173-90 y del Tribunal Supremo 28-09-88, 13-09-91, 26-05-92, 08-11-94, 11-10-95, 03-04-96, 15-04-96, 29-04-97, 29-12-97 y 29-04-99.

Que ab initio no se pueda sospechar de su veracidad, como sucedería en el caso de que existieran precedentemente animadversiones entre ambos, aunque evidentemente hay que advertir que la posible "animadversión" ha de obedecer a causas exógenas, es decir, ajenas al propio hecho que se enjuicia (en nuestro caso los ataques a la libertad sexual de las víctimas), pues sería 'contrario a la naturaleza humana' (STS 7 de mayo de 2.003) que quien, por ejemplo, ha sido agredido sexualmente, no tenga alguna clase de animadversión hacia su agresor (Caso Nº 14).

El caso Nº 8 es el que más recoge la doctrina judicial en el tema, pues amplía la interpretación de tal elemento:

Respecto al criterio de incredulidad tiene, como señala la STS. 23.9.2004, dos aspectos subjetivos relevantes:

- a) Las propias características físicas o psicoorgánicas, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez, y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades como el alcoholismo o la drogadicción.
- b) La inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima, como un posible motivo impulsor de sus declaraciones, o bien de las previas relaciones acusado-víctima, denotativas de móviles de odio o de resentimiento, venganza o enemistad, que enturbien la sinceridad de la declaración haciendo dudosa su credibilidad, y creando un estado de incertidumbre y fundada sospecha incompatible con la formación de una convicción inculpatoria sobre bases firmes; pero sin olvidar también que aunque todo denunciante puede tener interés en la condena del denunciado, no por ello se elimina de manera categórica el valor de sus afirmaciones, pues a nadie se le escapa, dicen las SSTs. 19.12.2005 y 23.5.2006, que cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor y víctima, puede ocurrir que las declaraciones de esta última tengan que resultar verosímiles por las concretas circunstancias del caso. Es decir la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza, enemistad o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles es solamente una llamada de atención para realizar un filtro cuidadoso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas que, aún teniendo estas características, tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva. Es por cuanto si bien el principio de presunción de inocencia impone en todo análisis fáctico partir de la inocencia del acusado, que debe ser desvirtuada fuera de toda duda razonable por la prueba aportada por la acusación, **si dicha prueba consiste en el propio testimonio de la víctima, una máxima común de**

experiencia le otorga validez cuando no existe razón alguna que pudiese explicar la formulación de la denuncia contra persona determinada, ajena al denunciante, que no sea la realidad de lo denunciado⁴⁰.

Sobre el carácter verosímil de la declaración, las sentencias han manifestado que se refiere a una corroboración con datos objetivos “en la medida de lo posible” (Caso N° 10) y consiste en:

La constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen lo que constituye una declaración de parte (Casos N° 3 y 11); que robustezcan la veracidad de aquella declaración sobre la existencia del hecho (Caso N° 10); y que lo doten de aptitud probatoria, de manera que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en **algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva** (Caso N° 17)⁴¹.

El testimonio, con mayor razón al tratarse de un perjudicado, debe estar rodeado de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que lo doten de aptitud probatoria, de manera que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva (...) Dicha verosimilitud ha de analizarse desde una óptica interna y otra externa. Desde la interna debe determinarse si estamos ante un testimonio coherente, sin contradicciones, sin lagunas y sincero. Desde la óptica externa debe corroborarse si el testimonio de la víctima coincide con datos objetivos que obran en la causa (Caso N° 13).

La sentencia del caso N° 8 advierte que se debe entender por verosimilitud que la declaración sea lógica y se apoye suplementariamente en datos objetivos. Sin embargo, aclara explícitamente, como lo dijo el Tribunal Supremo, que esta “conveniencia”⁴² corroborante debe ponderarse cuando se trata de delitos sexuales, en los que ya se ha establecido que, por lo general, no dejan huellas y de los que no hay testigos u otras pruebas directas; en tanto esa falta de contraste con otros dato objetivos es una imposibilidad justificada en la propia naturaleza de comisión del delito⁴³. También explica que la inverosimilitud supone que:

⁴⁰ Negrita fuera de texto original

⁴¹ Negrita fuera de texto original

⁴² Así se refiere a la corroboración la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2007, recogida por el caso N° 14.

⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1996, en el caso N° 8.

a) La declaración de la víctima ha de ser lógica en sí misma, o sea no contraria a las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, lo que exige valorar si su versión es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido.

b) La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso; lo que significa que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima. **Exigencia que, sin embargo habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración** (art. 330 LECrim .), puesto que, como señala la sentencia de 12 de julio de 1996 , **el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho**. Los datos objetivos de corroboración pueden ser muy diversos: lesiones en delitos que ordinariamente las producen; manifestaciones de otras personas sobre hechos o datos que sin ser propiamente el hecho delictivo atañen a algún aspecto fáctico cuya comprobación contribuya a la verosimilitud del testimonio de la víctima; periciales sobre extremos o aspectos de igual valor corroborante⁴⁴.

Por último, sobre el requisito de la persistencia, las sentencias afirman que se refiere a la reiteración, a lo largo de las declaraciones dadas en el proceso, del núcleo esencial del testimonio, sin “contradicciones relevantes” (Caso Nº 11). Explican las sentencias que tal persistencia

debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que señalen su inveracidad (Casos Nº 3, 10, 17).

La continuidad, coherencia y persistencia en la aportación de datos o elementos inculpatórios, no exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes, bastando con que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituya un referente reiterado y constante que esté presente en todas las manifestaciones (Casos Nº 13).

⁴⁴ Negrita fuera de texto original.

Debe existir una persistencia en la incriminación, lo que puede ser compatible con que el relato no haya sido siempre y en todo momento idéntico, ya que es normal que existan ciertas modificaciones o alteraciones, siendo lo relevante que el núcleo central del mismo resulte sustancialmente mantenido (Caso N° 14).

Señala el Tribunal, en el caso N° 8, que la ausencia de modificaciones esenciales se refiere a “una persistencia material en la incriminación, valorable ‘no en un aspecto meramente formal de repetición de un disco o lección aprendida, sino en su constancia sustancial de las diversas declaraciones’⁴⁵; que debe ser concreta sin vaguedades, pidiéndosele que precise los hechos narrándolos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar” (Caso N° 8); y que debe ser coherente, “manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes” (Caso N° 8). Concluye el Tribunal recordando que:

Por ello -como decíamos en las SSTs. 10.7.2007 Y 20.7.2006 - la continuidad, coherencia y persistencia en la aportación de datos o elementos inculpatórios no exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes, bastando con que se ajusten a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imprecisiones, una base sólida y homogénea que constituye un referente reiterado y constante que esté presente en todas las manifestaciones (Caso N° 8).

Es para resaltar el carácter que la jurisprudencia le da a estos tres elementos —ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud y persistencia— para valorar la credibilidad del testimonio de la víctima, sobre todo cuando se constituye en prueba única. Advierten que son “unos criterios que no exigencias”⁴⁶; “que no son condiciones objetivas de validez de la prueba sino parámetros mínimos de contraste a que ha de someterse la declaración de la víctima” (Caso N° 8); “son simplemente criterios, no reglas de valoración” (Caso N° 10).

Se trata de proporcionar al Tribunal que con inmediación ha percibido la prueba de carácter personal, más pautas de valoración en conciencia de la prueba practicada en el juicio oral por la existencia de reglas de valoración, como si de prueba tasada se tratara (Caso N° 10).

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1998 en el caso N° 8.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo del 15 de abril de 2004, en el caso N° 8.

Según la sentencia del caso N° 2, estos criterios deben armonizarse con el derecho al debido proceso que tiene el acusado, pero también

Con el respeto que merecen determinados testigos-víctimas a los que no se puede torturar exigiendo declaraciones redundantes, haciéndoles refrescar recuerdos capaces de provocar una victimización secundaria (...) [como lo señala] la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo europeo de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, aplicado por nuestra jurisprudencia⁴⁷ (Caso N° 2)

A pesar de ser amplia y, en principio, garantista; esta interpretación sobre los criterios para valorar la credibilidad, al momento de aplicar dicha teoría a los casos por resolver, las sentencias analizadas muestran que hay otros criterios adicionales en juego para valorar la credibilidad. A continuación se desarrollan esos criterios, que aunque no sean explícitos y no los identifique la judicatura como el elemento a la luz del cual están ponderando la verdad de lo que denuncia la víctima, surgen del análisis minucioso de los fallos, desde una perspectiva de género que terminan siendo decisivos para valorar la credibilidad de la víctima.

2.2.1 Corroboración del testimonio

Sobre la conveniencia de la corroboración, como se reseñó, la jurisprudencia ha establecido que se trata de un criterio a cumplir **en la medida de lo posible**, reconociendo la naturaleza de los delitos sexuales que se producen en la clandestinidad, sin testigos ni otras pruebas directas mas allá que la declaración de la víctima. Y donde como hallazgo se debe resaltar que lo más importante que ha dicho el Tribunal es que tal corroboración no es una exigencia ni una regla de valoración, sino un mero criterio a considerar, junto con el hecho de que la ausencia de posibilidad de corroborar se justificada en virtud de esas circunstancias de secretismo concurrentes en la comisión del crimen.

En un caso de los estudiados, se señaló sin matiz alguno, que la corroboración es una exigencia de valoración probatoria legal y legítima. Así lo expreso esta Audiencia Provincial:

⁴⁷ Se basa para ello en las sentencias del Tribunal Supremo 677 de del 22 de junio de 2006 y 96 del 10 de marzo de 2009, entre otras, citadas en el caso N° 2.

ha sido establecido y consolidado el criterio de que, en los casos en los que la única prueba de los hechos la constituye la declaración de la víctima, ésta **debe estar confirmada o corroborada** por algún elemento objetivo debidamente probado que avale de alguna manera el testimonio incriminador (Caso N° 7).

Otros casos igual descartan la credibilidad de la víctima tomando como uno de los elementos el que su dicho no esté corroborado, que además califican de “pura manifestación subjetiva”. Véase los siguientes.

El tribunal no ha podido percibir la rotundidad, verosimilitud y coherencia por que (...) no existen (...) elementos objetivos periféricos que actúen como corroboradores (Caso N° 14).

No basta la sola afirmación de confianza con la declaración testimonial cuando aparece como prueba única, la afirmación ha de ir acompañada de una argumentación y esta ha de ser razonable por encontrarse apoyada en determinados datos o circunstancias (...) [y en el caso] no existe probanza bastante no solo de que el acusado le introdujera algún dedo en la vagina (...) sino tan siquiera de que llegase a tocarle la vulva (...) al no quedar suficientemente acreditado que su finalidad fuere la de penetrarle con los dedos o con su miembro viril (Caso N°10).

En este último caso, la prueba que sustentaba el tocamiento invasivo era la declaración de la víctima, pues la escoriación que encontraron en la “horquilla vulvar” la descartaron como prueba del hecho ante una mera apreciación subjetiva. Sobre este dato valoró la judicatura que “no podemos perder de vista que (...) esa **levísima** escoriación puede ser provocada por el contacto con cualquier objeto con una mínima contundencia” (Caso N° 10).

Lo que se encontró al final es que es sobre el específico elemento de la penetración sobre lo que la judicatura viene a pedir corroboración de otros datos objetivos, o que consideren sustentan sin duda el dicho de la víctima. Se sabe esto porque los delitos quedaron en grado de tentativa de violación, según lo cual la violencia que impide manifestar a la víctima su libre consentimiento quedó probada, así como la intención de cometer el “acceso carnal”. Y estos elementos contaban con algún dato corroborador como dictámenes forenses que indicaban lesiones en el cuerpo —que no en los genitales— o valoraciones periciales sobre el estado de ansiedad de la víctima

posterior a los hechos. Pero en el punto preciso de la penetración que alega la víctima, sin quedar huellas o quedando y siendo consideradas indubitables , por leves o insignificantes, no alcanza su declaración como prueba plena. Así lo hacen expreso los siguientes casos.

La Sala encuentra que la declaración de la víctima es en todo creíble y verosímil menos en el hecho de la penetración (Caso N° 2).

En el presente caso, [A] explicó de forma coherente y detallada lo sucedido, en un relato coincidente en lo esencial con sus anteriores manifestaciones a lo largo del proceso, con la única matización, como más adelante se razonará, relativa a su manifestación de haber sido penetrada vaginalmente por el acusado (Caso N° 3).

En los demás casos, tal apreciación se ve reflejada de forma implícita. Por ejemplo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia se dice que:

La Sala llega en efecto a la convicción de que los hechos acontecieron tal como se describen en el relato fáctico, concediendo credibilidad al testimonio de la menor (Caso N° 5).

No obstante, en ese caso, la misma Sala acepta que “[l]a menor ha manifestado siempre haber sido penetrada vaginalmente” (Caso N° 5) y a pesar de ello fue calificado el delito como en grado de tentativa por entender que la penetración no se había consumado.

Como se mencionó, lo que resulta del análisis es que los demás elementos del delito contaban con alguna prueba adicional que corroboraba la declaración de la víctima, mientras que para la penetración la única era su testimonio. Cuando se otorga credibilidad a todo menos a la aseveración sobre la penetración, es implícito el hecho de que cuando estuvo realmente sola la prueba no les alcanzó, dejando el delito en grado de tentativa, aunque las víctimas hubiesen denunciado lo que consideraron la ejecución completa de una violación.

En otros casos, aunque no se expresara así tan explícitamente, del análisis resultó que la corroboración fue exigida según ciertos aspectos del razonamiento judicial. En este sentido se pudo apreciar que a) la descripción

de una sensación de “dolor” es insuficiente para otorgar credibilidad al acto de la penetración; y b) no haber observado el acto de la penetración resta credibilidad al dicho de la víctima respecto de tal elemento.

Sobre la ausencia de carácter suficiente en las sensaciones de la víctima, en dos de los casos estudiados, esta declaraba haber sentido un dolor que se relacionaba con haber sido penetrada como evidencia de la penetración. Por ejemplo, en el fallo del Tribunal Supremo de septiembre de 2011 concluyó que uno de los elementos que hacía dudar de la credibilidad de la víctima era que aunque ella había manifestado sentir un dolor, ello podía deberse a diversas circunstancias. Al respecto, la sentencia señala que:

los elementos de prueba con los que se cuenta son que en las proximidades de la zona vaginal notó un dolor y que al declarar gráficamente trató de justificarlo, afirmando que "la puso por dentro".

Esta Sala entiende que existen datos para poner en duda ese acceso vestibular, lo que no significa que pudiera haberlo, las razones son las siguientes: (...)

c) no se ha concretado la parte de su zona sexual en la que notó el dolor, y un dolor puede obedecer, dada la posición que soportaba, a un cúmulo de circunstancias. (...)

La afirmación genérica de que "notó un dolor" por la zona genital , y la "puso por dentro" ¿abocan necesariamente a la grave y determinante afirmación de que existió introducción vestibular? (Caso Nº 2)

Por su parte, el fallo de la Audiencia Provincial de Murcia manifiesta que la sensación de dolor que la víctima dice le causó la penetración, puede ser no necesariamente cierta por no tener la menor de edad experiencia sexual previa. Al referirse a la víctima el fallo señala que:

La menor ha manifestado siempre haber sido penetrada vaginalmente, a partir de la sensación dolorosa que le produjeron esos intentos de penetración. (...)

La médico forense, sin descartar ninguna posibilidad, mantuvo una prudente reserva sobre el alcance de esas impresiones, fruto de su inmadurez e inexperiencia, sin concesiones a la falacia o a la fabulación (Caso Nº 5)

Estos ejemplos ponen en evidencia, una tendencia de la judicatura a restarle credibilidad a la manifestación de las sensaciones dolorosas, descartando su valor probatorio afirmando que sus causas podrían haber sido diversas y no unívocamente respecto de la penetración.

Sobre la exigencia de ver la penetración como elemento corroborador, se encontró dos casos en los que se restó credibilidad a lo dicho por la víctima respecto de haber sido penetrada, porque por las circunstancias en las que se dieron los hechos, no pudo haber visto la introducción del pene.

La Sentencia del Tribunal Supremo, misma que se enunció en el apartado anterior sobre la sensación dolorosa, señala que otra de las causas que le generan duda sobre las afirmaciones relativas a la penetración por parte de la víctima es la falta de corroboración de haber observado directamente la penetración, cuando sucedía en el momento. Señala la sentencia que:

e) se desconocen datos tan relevantes **como la observación de la agresión**, los movimientos del cuerpo de la víctima en cuanto impeditivos de una fácil introducción del miembro viril, la posibilidad de interrupción de la agresión sexual por acudir al lugar determinadas personas, lo que no cabe excluir en una calle dentro de la población, en un atardecer del día 24 de mayo, etc., etc. (Caso N° 2)⁴⁸

La sentencia de la Audiencia Provincial de Logroño, aunque no es tan evidente como la anterior, se trae como referencia en este aspecto problemático en tanto que el que sea relevante hacer una aclaración de este tipo, implícitamente puede llevar detrás la expectativa de que ello debía haber ocurrido. Refiriéndose a la víctima señala que “[A] declara en el acto del juicio en relación con la penetración, que no vio nada” (Caso N° 3).

En este sentido, los casos que se traen para poner en evidencia la que parece una exigencia de observación de la penetración como un elemento corroborador del testimonio de la víctima, es el indicador de una tendencia o como mínimo un aspecto problemático a analizar.

Todos los casos enunciados en este acápite son ejemplos en los cuales los

⁴⁸ Negrita fuera de texto original.

razonamientos de quienes fallan permiten inferir los criterios que están utilizando para valorar si la mujer dice la verdad o no.

Es claro que cuando la declaración es lo único que sustenta la penetración es prueba insuficiente al no estar corroborada. La declaración de una sensación dolor resulta irrelevante e insuficiente, porque no es un hecho objetivo contundente y corroborable. La exigencia de la observación es similar a lo anterior en tanto reitera la poca credibilidad que tiene la descripción de la sensación física de la penetración que da la víctima, a partir de considerar que la no observación del acto juega en contra de la veracidad de su dicho.

2.2.2 Experiencia sexual de la víctima

Resultó del examen que, además de los criterios de incredulidad, verosimilitud y persistencia; la experiencia sexual de la víctima es un elemento a tener en cuenta para determinar la credibilidad de su testimonio.

En una sentencia del Tribunal Supremo se señala que la Sala

entiende que existen datos para poner en duda ese acceso vestibular, lo que no significa que pudiera haberlo. Las razones son las siguientes: (...)

f) la mas que probable nula experiencia de la ofendida en actividades de carácter sexual, aunque pueda tener algún conocimiento adquirido a través de terceros (Caso Nº 2).

El fallo de la Audiencia Provincial de Logroño presenta una situación similar, cuando al referirse a la víctima señala que

En su declaración en el juzgado de Instrucción afirma que el acusado intentaba penetrarla, que la penetró vaginalmente y que se detuvo porque ella se escapó, que desde que la forzó hasta que la penetró pasó una media hora. Resulta así que las manifestaciones de la víctima en lo que se refiere a la penetración vaginal, no son claras y contundentes, **lo que entiende la Sala fue debido a su falta de experiencia sexual** y al trauma del momento (Caso Nº 3) ⁴⁹.

Finalmente, en el fallo de la Audiencia Provincial de Murcia se aprecia, una vez más, cómo resulta clara para el juez la relación entre la valoración del

⁴⁹ Negrita fuera de texto original

testimonio y la experiencia sexual de la víctima. Al respecto en la sentencia se señala que

Nada induce a pensar que tuviere lugar una verdadera ‘intromisión’; a lo sumo, un simple contacto del pene con los genitales externos de la niña. Y aunque **ésta, impedida por su inexperiencia de ofrecer mayores precisiones**, llegue a manifestar que llegó a sentir dentro el pene del agresor, en la ratificación de su informe, la médico forense, tras ilustrar ampliamente sobre la morfología de los genitales femeninos, se inclinó a aceptar esa hipótesis con muchas cautelas o a descartar un fugaz coito vestibular, apoyándose en manifestaciones recibidas en su día de [N], espontáneas y sinceras, pero proclives a la confusión en ese crucial aspecto, criterio médico que vendría a confirmar la ausencia de lesiones o erosiones frecuentes en esa zona vestibular, y detectables aún después del tiempo transcurrido en este caso entre agresión y revelación (Caso N° 5).

Los anteriores ejemplos muestran como la experiencia sexual de la víctima es un criterio que afecta la ponderación del poder incriminatorio de su declaración respecto de los hechos sufridos.

2.2.3 Reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia

Otro de los hallazgos del estudio de las sentencias fue evidenciar que la doctrina jurisprudencial, además de los tres criterios para la valoración de la declaración de la víctima, se sirve de las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia para valorar su dicho y las manifestaciones que sobre los hechos ella hace.

Sostienen el Tribunal Supremo, recogiendo jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que la declaración de la víctima debe ser valorada

con arreglo a las máximas de la experiencia y a las reglas de la lógica, constando siempre en la resolución debidamente motivado el resultado de esa valoración; todo ello conforme a las exigencias que viene imponiendo de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Caso N° 1) ⁵⁰.

Otros de los casos estudiados explican el proceso de valoración probatoria así:

⁵⁰ Reitera esta sentencia la jurisprudencia establecida en los fallos 137/2005, 300/2005, 328/2006, 117/2007, 111/2008 y 25/2011 del Tribunal Constitucional.

En la ponderación de las declaraciones personales (...) se debe distinguir un primer nivel dependiente (...) de la percepción sensorial, (...) y un segundo nivel, (...) una elaboración racional (...) aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos (Caso N° 22).

Los elementos subjetivos del tipo, solo pueden ser reconocidos en virtud de constancia de hechos objetivos y aparentes de los que pudiese inferirse su existencia penal. (...) Se trata de partir de unos hechos base indubitados y de los mismos inferir desde la perspectiva de la máxima experiencia la realidad subjetiva (Caso N° 20).

Estas reglas de valoración, fueron las que llevaron a la judicatura a los siguientes razonamientos fundamentales para la resolución del fallo.

Por ejemplo, el caso N°10 calificó de indudable, lógico y razonable que meter las manos entre las piernas de la víctima e intentar separarlas, era con la intención del acusado de tocar, mas no de penetrar. Además, que cualquier interpretación contraria era inconstitucional por ser en perjuicio del reo. Véase a continuación.

Cierto es que la intención indudable del acusado era la de tocarle a la víctima en esa zona erógena, como se deduce cabalmente del hecho de meterle las manos entre las piernas e intentar separarlas, mas deducir de ello que la intención fuera la de penetrarle con algún dedo se erigiría en una interpretación contra el reo al no poderse descartar que fuera la intención del acusado la de simplemente tocarle la vulva por fuera pero sin introducirle los dedos en la vagina (...)

Lo realmente cierto, por lógico y razonable, es que el acusado actuaba con el animo libidinoso de tocarle incontinentemente a la denunciante en la zona de la vulva. (...) Sentada la presencia de ese ánimo de tocarle en esa zona erógena, lo que no podemos ni debemos es aventurar la hipótesis de que quisiera ir mas allá en su agresión y que intentara introducirle los dedos en la vagina pues, (...) esa hipótesis –que es la que sostiene la acusación- carece de asidero probatorio alguno e implica una interpretación contra reo, que este Tribunal no puede obviamente acoger (Caso N° 10).

Se quiere contrastar este caso con otro en el que la judicatura consideró que de el afán de despojar a la víctima de la ropa interior se deducía la intención de penetrarla. Manifiesta así que: “se deduce que lo pretendido por el acusado era llegar al contacto sexual pleno, pues no otra cosa cabe deducir del afán de

despojar a la víctima de su ropa interior” (Caso N°11).

Si bien en este caso no se desprecia que la interpretación sea garantista y no la haya considerado contra el reo, lo importante es mostrar por contraste las ambigüedades que “la lógica y la razón” traen consigo en estos casos de violencia sexual, en donde en uno, una clara invasión del cuerpo de connotación sexual es indicativa indubitada solo de tocamientos; mientras que para en otro, la emoción apresurada y ansiosa del acusado es lo que indica que lo que quería era contacto pleno y no solo tocamientos.

En otro caso, que resultó en una absolución del procesado, reglas de valoración de la lógica llevaron a la judicatura a descartar la credibilidad del intento de violación que declaraba la víctima. Cláusulas como “no permite deducir”, “se puede tratar de”, “es sumamente extraño” sustentaron sus afirmaciones.

Lo cierto es que el hecho de que el perro de la perjudicada estuviere perfectamente atado al árbol no permite deducir a esta sala que se tratara de una agresión sorpresiva (...)

El testigo declaro haber oído ‘te he dicho que no me cojas las manos, suéltame’ (...) La frase que oyó el testigo no tiene los caracteres de una llamada de auxilio, sino que simplemente se puede tratar de una apreciación o percibimiento por una de las partes en los actos preparatorios al inicio de una relación sexual (...)

Por último es sumamente extraño que tras una supuesta agresión y resta credibilidad a la víctima el hecho de que al insistir el testigo en ponerse en contacto con los agentes de autoridad (...) la víctima le manifestó al testigo: “déjalo”, a fin de que no telefonara a los agentes (Caso N° 14).

Igualmente, partiendo de la lógica y la razón, la judicatura afirma que va en contra de la razón que una persona tenga relaciones sexuales en una vía pública con un desconocido.

Acudiendo a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia, resulta ostensiblemente anómalo e irrazonable que una persona que no conoce de nada al acusado acceda a tener una relación sexual profunda con el, prácticamente en una vía pública y por el mero hecho de que se acerque a proponérselo (Caso N° 22).

Si bien esta interpretación sirvió para darle credibilidad al dicho de la víctima, es obvio que responde a una apreciación subjetiva del juez que califica de irrazonable, cuando lo cierto es que es un comportamiento que no es ni inverosímil ni contrario a la razón.

Asimismo, la judicatura da entrada a consideraciones subjetivas sobre los hechos, que no aportan nada, pero valoran el comportamiento de la víctima como por ejemplo: “Al llegar el testigo y, quizás por pudor, la supuesta víctima manifestara que efectivamente estaba siendo agredida” (Caso N°14).

O toman en consideración apreciaciones prejuiciosas de los testigos como prueba “preguntándole a la perjudicada si la estaban agrediendo a lo que la misma, sin llorar y algo excitada, según manifestaciones del testigo, asintió afirmativamente” (Caso N° 14).

Por otro lado, los casos en las narraciones de los hechos, traen afirmaciones que tienden a indicar el razonamiento que está detrás, por el que consideran relevante traerlo al análisis de los casos. Es evidencia sutil de que la judicatura deja sueltas afirmaciones que van construyendo con prejuicios el sustento para el fallo, en detrimento de la credibilidad de la víctima.

Esto se revela cuando narran los hechos diciendo lo que no pasó, que aparentemente responden a interrogatorios que les han hecho sobre lo sucedido, o indican que algo no fue probado sin que el delito exija que tal situación sea acreditada. Por ejemplo:

La víctima manifestó que “ni la amenazó ni le exhibió arma alguna que la coaccionase” (Caso N° 14).

“No llegó a tocarla en la parte de abajo del todo, bajo la mano por la zona del vientre, pero no llegó a bajar mas” (Caso N° 17).

Véase cómo se narran los hechos en el siguiente caso, y la forma espontánea y sin conexión con el relato en la que surge que el procesado no le tocó los pechos a la víctima.

El procesado J abordó por la espalda a R (...) cuando hacía footing a la altura del

término municipal de Albuixech, abalanzándose sobre ella, rodeándole la cintura con un brazo mientras que con el otro intentaba taparle la boca, a lo que aquélla se resistió con fuerza y se puso a gritar, introduciéndola en el interior de un campo de naranjos, lo que produjo a R un fuerte estado de nerviosismo pensando que iba a morir, gritando y haciendo mucha fuerza para intentar zafarse de él, diciéndole el procesado que se callara que sería peor y que le haría daño, momento en el que se le ocurrió decirle que estaba embarazada, ante lo cual el procesado la soltó y le dijo que se fuera, huyendo R del campo y encontrando gente en la carretera que había oído sus gritos. El procesado no le tocó los pechos a R (Caso N°19)

Finalmente véase el caso N° 14 cuando encabeza los fundamentos de derecho la siguiente tesis “no ha resultado acreditado que R obligara o forzara a F a acompañarle y a permanecer en el descampado, sin que, tampoco se haya acreditado que F mantuviera relaciones sexuales inconsentidas con R”.

Lo de resaltar acá es que el delito exige que se pruebe la penetración y la violencia como medio para cometerse ya la penetración o ya su intento⁵¹. En nada incide que la víctima hubiese acompañado al procesado al descampado y hubiere permanecido ahí por voluntad propia, pues lo que ella manifestaba era que al ir a sacar de paseo a su mascota, el acusado aprovechó para agredirla sexualmente. De otro lado, no es un elemento del delito la ausencia de consentimiento, por lo tanto su acreditación no es un requisito, siéndolos si la penetración y la violencia u otro medio que doblegue la voluntad.

Muestran los casos referidos en este acápite que las reglas de la experiencia, la razón, la lógica, juegan un papel fundamental en la valoración de la declaración de la víctima. Y que en algunos casos llevan a hacer afirmaciones y sostener tesis con cariz de certeza absoluta, sin más sustento que el dicho de la o el juez. También, que la judicatura da entrada a consideraciones subjetivas sobre los hechos, que no aportan nada, pero valoran el comportamiento de la víctima. Por último, que la forma como se narran los hechos es indicativa de preconceptos que están detrás del juzgamiento del caso *a priori* de las

⁵¹ Recordar que el delito de violación está penalizado en el código de la siguiente manera: Artículo 178: El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual (...). Artículo 179: Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación (...).

consideraciones jurídicas para el fallo, teniendo en mente, en algunos casos, exigencias que los delitos no traen.

CAPÍTULO VI: ANÁLISIS Y CONCLUSIONES

En este capítulo se presentará el análisis de los hallazgos y las conclusiones con la misma lógica del capítulo anterior. Se abordará primero lo relativo al concepto de penetración en el delito de violación y, posteriormente, la credibilidad de la declaración de la víctima.

Se encontrará la respuesta a la pregunta de investigación de este estudio: ¿existen prejuicios sexistas en la jurisprudencia española en sentencias sobre violación? Asimismo, se traerán los resultados del estudio y a la luz de los estándares presentados al comienzo del documento se valorarán hacia la resolución de la hipótesis.

En cada apartado se habrá de seguir un hilo en el discurso que lleve a retomar el aspecto problemático, valorarlo identificando la existencia o no de un prejuicio sexista en él y de ser positivo, manifestando cómo ello afecta a las mujeres y significa un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado.

Los casos de ejemplo que se traen en este apartado se refieren a los extractos que se citaron en la sección sobre el mismo tema en el acápite anterior. De no tenerlos presentes al momento de leer las conclusiones de su análisis, se recomienda primero volver a ellos, leer el pasaje, y retomar las conclusiones nuevamente.

1. Sobre el concepto de penetración

El delito descrito en el Código Penal sobre agresiones sexuales del artículo 179 penaliza la “introducción del pene u otros miembros corporales u objetos por la vía vaginal” —además de anal y oral. La jurisprudencia ha recogido en el término “penetración” esa descripción de acción que trae el delito de violación.

El desarrollo jurisprudencial sobre el concepto y alcance de ese elemento ha reproducido diversa cantidad adicional de condiciones para interpretarlo. Así,

han llevado las discusiones a responder clásicas preguntas como: ¿es importante la profundidad o la duración del acto?, ¿es necesario verificar la ruptura del himen para configurar la penetración?, ¿es exigible que queden huellas de la acción de introducción?, ¿hasta qué punto se considera tentada la violación? Todo ello lleva a dos preguntas centrales para que la jurisprudencia establezca los límites y alcances del delito: ¿cuál es el alcance de “introducción del pene”? ¿Cuál el de “vía vaginal”?

En este ejercicio, se han identificado tendencias en la jurisprudencia. Si bien, como se vio en el acápite anterior, tratan de mantener como interpretación un sentido amplio y comprensivo del delito, en la aplicación de la teoría judicial al caso, se crean umbrales que van dando margen a una alta discrecionalidad — subjetiva— de la judicatura.

Se podría adelantar en este punto que el concepto de penetración, en relación con los criterios de “coito vestibular”, “tentativa” y “exigencia de huellas”; revela que tanto la descripción del delito de violación, como su desarrollo jurisprudencial, envuelven prejuicios que discriminan a las mujeres y refuerzan estereotipos sexistas existentes en la cultura patriarcal actual.

De las frases que más sentido tiene resaltar en este estudio de casos es que este delito no se trata de “límites anatómicos sino normativos”. Esto sin duda, es una falacia.

Ello es así porque es conceptualmente imposible separar “introducción del pene por vía vaginal” —como lo trae el código penal— de referencias anatómicas. Lo que sucede es que esos límites anatómicos se vuelven normativos en el ejercicio de la interpretación judicial. Sería como decir, “no se trata de otros límites anatómicos que aquellos que en el estudio del alcance del delito se han constituido como normativos”. Responder qué se entiende por “introducción del pene” y qué “por vía vaginal” es una discusión indiscutiblemente anatómico-referente.

Empezando por ahí se puede afirmar que el delito lo que protege es un límite anatómico —una parte definida del cuerpo— de ser afectada por una acción con otro límite anatómico —otra parte definida del cuerpo—.

La parte del cuerpo que la ley prohíbe que afecte otra parte del cuerpo, es el pene⁵². Considerando las características físicas de este miembro corporal, la discusión sobre ello ha girado en torno a cuánto de esa parte del cuerpo tiene que intervenir en la acción para considerarla típica. Con lo cual, se ha desarrollado el criterio de la “profundidad”, para considerarlo irrelevante. Es decir, no importa cuánto del pene actúe en la acción, mucho o poco de él es comprendido por el delito.

Ahora, sobre el “límite anatómico” que la ley protege de ser afectado, es en torno a lo cual giran largas discusiones. “Vía vaginal”, hoy por hoy lo que la jurisprudencia entiende como “cavidad vaginal”, en un ejercicio en el que la “penetrabilidad” ha sido el criterio definitivo.

La ley prohíbe la penetración —con violencia, amenaza o intimidación—, de aquello que sea penetrable referido anatómicamente a los órganos genitales femeninos. Así, han llegado al concepto de que “cavidad vaginal” comprende desde los labios mayores hacia adentro, porque en su sentir, dadas las características anatómicas, los labios también son penetrables.

Toda esta elucubración jurídica para hacer que el delito comprenda lo que llaman “coito vestibular”. No importa cuánto entre del pene en los labios mayores, ello también constituye “violación”.

Este alcance del delito por lo menos deja absolutamente claro que la ruptura del himen no puede ser un criterio exigible para la configuración del delito. Si no se exige que el pene se introduzca hasta más allá de donde se encuentra la pared himeneal, que el himen esté íntegro o no, resulta completamente irrelevante.

⁵²El delito comprende la introducción de otros miembros corporales, pero el análisis se centrará acá en el pene, por ser la modalidad de los casos que se estudiaron.

Hasta este punto, hay varias consideraciones que hacer.

La primera es que sin duda este alcance del delito es mucho más comprensivo y garantista. Una prueba sobre la integridad del himen, no es la que define la existencia de la violación: tanto como un himen íntegro, no descarta la violación, como no la confirma tampoco el que se encuentre una ruptura en él.

Pero la segunda y más relevante consideración, es que este análisis deja claro que es la propia naturaleza de la acción que prohíbe el delito la que conlleva a que los análisis judiciales terminen siendo clases de anatomía sexual y no razonamientos sobre las afectaciones a la libertad sexual de quien sufre los hechos. Garantista.

Si bien algo como “coito vestibular” es más amplio que coito vaginal, la lógica con la que está estipulado el delito se aleja de la realidad de lo que una víctima espera que la ley le proteja como violación, y alrededor de lo que se discuten los hechos que ha sufrido.

El concepto de coito vestibular como alcance del concepto de penetración, en tanto elemento del delito, revela que muy al contrario de cómo lo afirma la judicatura, el delito sí es cuestión de límites anatómicos y no normativos. Por más que intenten ampliar la protección de la acción que castiga el delito, está limitado por la naturaleza del verbo, que lleva a la judicatura a caer justamente en una descripción anatómica del alcance del delito.

Es la misma figura del coito vestibular la que confirma la naturaleza anatómica del delito. Al final, acá de lo que se trata es de poner en evidencia que el problema del concepto de penetración para definir la violación es irresoluble sin referirse a limitaciones anatómicas, pues la naturaleza misma del verbo así lo exige.

Penetración se ha definido generalmente como “**introducción**”, pero verbos como “**acceso**”(Casos N° 3, 6, 7), “**encaje**”(Casos N° 2, 3), “**copula**” (Caso N° 5), “**yacimiento**”(Casos N° 2, 5), “**conjunctio membrorum**”(Caso N° 2.),

“inmiso” (Caso N° 5), **“intromisión”** (Caso N° 5) o **“consumación ‘in extremis’** (Caso N° 7) han sido utilizados de forma análoga produciendo tautologías que no se separan de lo anatómico.

Sin embargo, esa es la esperada consecuencia de intentar con el lenguaje hacer compatible un verbo como ese con la pretensión jurisprudencial aparentemente garantista de que la violación “no depende de circunstancias anatómicas sino normativas” (Caso N° 5)⁵³. Es una sinonimia que sigue siendo anatómicamente referente. Los verbos análogos no son sino insistencias del lenguaje en la representación de una idea mecánica del delito donde “meter-sacar”, “desde dónde-hasta cuánto” es lo que determina lo que protege la libertad sexual humana.

Ya sea porque así desde el comienzo lo planteó el legislador⁵⁴ (el género del sujeto acá es intencional), o porque no se le ha logrado dar una reinterpretación desde la jurisprudencia, lo cierto es que la protección a la libertad sexual y la dignidad de las mujeres tiene límites anatómicos.

Ahora, pasando al análisis del concepto de penetración a la luz de la figura de la tentativa, otras consideraciones son relevantes.

Para empezar se deben recordar los límites entre una agresión sexual del artículo 178 —actos sexuales que a interpretación de la judicatura no llegan constituir ni violación, ni intento de ella—, una agresión sexual del artículo 179 —violación—, y la figura de la tentativa —intento de violación—.

Dejando de lado la intencionalidad del autor, el problema de esta gran complicación para ajustar los hechos a un delito o una modalidad, es justamente porque todo está anatómicamente referido. El concepto de

⁵³ En el mismo sentido ver el caso N° 6.

⁵⁴ La teoría feminista crítica del derecho ha identificado que la producción normativa es patriarcal. Siguiendo a Matus y Frías (1999), si se parte de afirmar la existencia de diferencias en la perspectiva del género masculino y femenino, la relación entre la poca o nula representación política de las mujeres en las legislaturas, hace que la perspectiva desde la que se defina normativamente la sociedad sea masculina. La consecuencia de ello es evidente en la descripción típica penal del delito de violación.

penetración en relación con la figura de la tentativa, revela que es tan insuficiente que lleva a un discurso incoherente en la intención de protección de la libertad sexual.

Por la misma naturaleza segmentaria anatómicamente del concepto de penetración, quedan en grado de tentativa, no consumados, aquellos casos en donde aun cuando hay una completa invasión de contenido sexual del cuerpo de la mujer, como cuando el cuerpo del hombre se encuentra encima de la mujer o intenta embates con el pene sin conseguir el resultado que se propone por la heroica resistencia de la víctima; la “penetración”, incluso a nivel de traspaso de labios genitales, no se consigue.

La figura de la tentativa en los delitos de violación con hechos de invasión del cuerpo, demuestra la carencia de perspectiva de género en el análisis del sufrimiento de la víctima y de la intención de protección de la libertad sexual de la ley penal. Esto ha llevado a la judicatura a calificar de “simple” un roce de genitales (Caso N° 6) o incluso un contacto intencional entre los mismos (Caso N° 5). Aun más grave, adjetivar de “simpleza” el mismo acceso vestibular que se supone que también es considerado violación (Casos N° 2, 3).

La judicatura se ve obligada, por la naturaleza de las tipificaciones, a entrar en debates dirigidos por la lógica “meter-sacar” —penetrabilidad—, “desde donde y hasta cuánto” —cavidad vaginal—; y las indagaciones a las víctimas están orientadas a concretar estas cuestiones. La perspectiva de la víctima del delito es completamente irrelevante para el caso.

Es una lógica sexista con la que se entiende lo que es una violación. Es la segmentación del cuerpo femenino con una línea imaginaria que mueven para adelante o para atrás, a la que se ven normativamente obligada la judicatura para justificar la diferencia delictiva entre actos sexuales violentos y acceso carnal violento, y llegar hasta la figura de la tentativa, considerándola en algunos casos, “simple”.

Las sentencias estudiadas no logran ponerse de acuerdo en si la tentativa de violación —es decir, probada la violencia, la intención, los actos consumativos que llegan incluso al contacto— afectan o no la libertad o indemnidad sexual. Como lo expresa el caso N° 3, un intento fallido de violación —incluso cuando lo que lo impide es la heroica resistencia de la víctima— es un peligro más o menos inminente y no una auténtica vulneración de la libertad sexual.

Declarar una tentativa de violación es afirmar en el discurso jurídico penal, que no se afectó la libertad sexual, sino solamente se le puso en riesgo. No se configura con la tentativa una limitación injustificada a la libertad, indemnidad o dignidad sexuales; sino tan solo una amenaza de, por poco, haber sido limitada.

En relación con la tentativa, de resaltar es el hallazgo que refiere que los casos en los que la penetración no sucedió, se debió a la fuerte resistencia víctima. Esto significa, al mismo tiempo, que la libertad sexual de la mujer no se vio vulnerada aunque se hubiese visto obligada a oponer una fuerza para evitar la introducción del pene, en muchos casos en donde su cuerpo ya estaba invadido por el del agresor.

Casos en los que se sufrieron sendos embates con el pene, fuerza para abrir las piernas, movimientos encima del cuerpo a horcajadas, despojo de prendas de vestir y rasgadura violenta de ropa interior, haberse visto obligada a morder un pene, sumado todo a una intensa y heroica resistencia, quedan en grado de tentativa porque el miembro genital masculino no alcanzó a “atravesar” los labios mayores. Y se dice “atravesar” porque un “simple contacto” de los genitales, incluso en estas circunstancias descritas, no alcanza para configurar plenamente el delito.

En estos casos, limitados por el concepto de penetración genital, que es lo que castiga el delito, calificando los actos en grado de tentativa, el mensaje que queda para la víctima es: que “casi fue violada”, que su libertad sexual no se vio vulnerada —solo amenazada—, y que gracias a su heroica resistencia, que

quizás le supuso exponerse a —mayor— daño físico, el autor se beneficia de una menor pena porque son menos graves sus actos.

Por último, el análisis del concepto de penetración en relación con las huellas físicas del delito.

Desafortunadamente, la lógica del delito, la naturaleza de las circunstancias en que generalmente se lleva a cabo su comisión y el inmodulable principio de inocencia y protección máxima del reo, han llevado a la judicatura a respaldarse en las huellas del delito para proferir fallos de los que no queden dudas.

Si bien, cuando las hay, es una interpretación válida, que además ayuda a la víctima a liberarse de ser la única prueba del daño que denuncia. Cuando no las hay, o incluso —y más grave— cuando habiéndolas, son descartadas como prueba.

Las huellas han pasado a ser parte del elemento de la penetración cuando ante la ausencia de ellas, o la presencia, pero dubitativa, de que se deban exclusivamente al acto denunciado; deja al delito en un grado de tentativa. Es como si el concepto de penetración tuviera inherente una naturaleza lesiva físicamente de la que resulta “lógico” inferir que siempre deben quedar huellas.

En resumen: la figura del coito vestibular, revela una limitación anatómica de la protección de la libertad sexual; la modalidad de la tentativa como se ha aplicado a los casos bajo estudio, muestra una incomprensión del sufrimiento de una violación, considerando que no vulnera la libertad sexual y revictimiza por significar una menor gravedad aun cuando se ha arriesgado más al resistirse; y la exigencia de huellas deja ver la naturaleza siempre lesiva que se le exige al acto para considerarse posible de existir.

Una articulación de los análisis precedentes conduce a los siguientes razonamientos. Según varios de los casos estudiados, especialmente el caso N 3, en tanto los labios son penetrables y por ello hacen parte de la cavidad

vaginal, traspasarlos vulnera la libertad sexual. La tesis es que se considera lesionada la libertad sexual porque el pene traspasa lo que es penetrable.

Esto dista bastante del concepto sobre libertad sexual según el cual lo que protegen este delito es la posibilidad de auto determinarse sexualmente. Del análisis resulta que lo que protege uno de los delitos mas graves del código penal español, la violación, es el no ser penetrada sin consentimiento, lejos de una autodeterminación en materia sexual. Ser libre sexualmente va mucho más allá de ser o no penetrada. Considerarse víctima de una violación sexual pasa por haber sido obligada a verse envuelta en situaciones de naturaleza sexual sin consentimiento, que lleguen mas allá de un tocamiento.

Una mujer que tenga que soportar un sujeto encima del cuerpo que se embate en contra, intentando abrir las piernas a la fuerza, que es despojada violentamente de su ropa interior, que oye que le dicen intimidantemente que la van a acceder, incluso en donde no llegue a ser tocada con las manos del autor en sus genitales u otras partes del cuerpo de naturaleza sexual, constituye sin duda para los efectos de una autodeterminación sexual, una completa violación. No es un intento de ser vulnerada su libertad sexual; es una autentica forma de obligar a una persona a verse envuelta en un contexto violento de naturaleza sexual que mina sin duda cualquier derecho a manifestarse sexualmente según sus propios deseos.

Muchos de los códigos penales del mundo han modificado el bien jurídico protegido por estos delitos. De proteger el honor han llegado progresivamente a proteger la libertad sexual⁵⁵. Han trasladado el acento del valor que el cuerpo

⁵⁵ Ejemplo de ello es el mismo Código Penal español. En la exposición de motivos a la ley criminal se expone que “se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos. Ciertamente que no es el Código Penal el instrumento más importante para llevar a cabo esa tarea; sin embargo, puede contribuir a ella, eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias. Además de las normas que otorgan una protección específica frente a las actividades tendentes a la discriminación, ha de mencionarse aquí la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual. Se pretende con ella adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la

de la mujer tiene para la familia y la sociedad, para ponerlo en quien verdaderamente sufre sin consentimiento la violencia sexual, la víctima. Sin embargo, la descripción de los delitos no ha cambiado. La naturaleza de la violación sigue siendo el castigar a quien penetra a una mujer sin consentimiento, por el valor que se pierde con este hecho, sin embargo, no comprende otras situaciones que evidentemente vulneran la libertad sexual que están por fuera del acto en sí de ser penetrada.

El delito sigue conteniendo en su naturaleza el prejuicio sobre el valor que se pierde como mujer siendo penetrada por quien no tiene “derecho” para hacerlo. Y la judicatura sigue aplicando ese lente para valorar los hechos que se denuncian. Detrás de una lógica de interpretación del elemento de la penetración como el que se ha ilustrado a lo largo de este acápite, revela que el interés está en proteger el no ser penetrada. Y la lógica ha girado en establecer qué es o qué anatómicamente puede ser penetrable para considerarlo dentro de ese elemento. Esos razonamientos son los que han llevado a que hechos auténticos de violación queden en grado de tentativa, al ser la barrera de la penetración “impenetrable”.

Ahora bien, si el discurso precedente parece más político que jurídico, vale la pena hacer un análisis más jurídico que político, que igual conduce a la misma conclusión: la judicatura carece de perspectiva de género y aplica prejuicios sexistas para resolver los casos de violación.

La figura de la tentativa, como se vio en el capítulo sobre la metodología del estudio, contenida en el artículo 16 del código penal, establece que se configura esta modalidad cuando el autor realiza todos los actos que conducen hacia el delito y este “no se produce por causas independientes a la voluntad del autor” (Código Penal de España, 1995).

¿Es la resistencia ejercida por la víctima una causa independiente a la voluntad del autor? ¿No es él que con su actuar contrario a la libertad de la víctima

regulación que se propone elimina totalmente. Podrá sorprender la novedad de las técnicas punitivas utilizadas; pero, en este caso, alejarse de la tradición parece un acierto” (CP, 1995).

provoca que se resista? ¿Es la autodefensa de la víctima un acto independiente de la voluntad de quien la pone en una situación en la que ella no quería estar? Aun más claro, ¿es autodeterminada la resistencia ante una agresión sexual?

A ello sumarle que la figura de la tentativa otorga beneficios por menor gravedad de la acción. ¿Es coherente que por la resistencia que la víctima “se ve obligada a poner”, que en algunos casos significa ser víctima de otra violencia como la física, el delito sea considerado menos grave y signifique menor punibilidad para el agresor? ¿Beneficia al violador que haya dado con una víctima que heroicamente se resiste?

Todas estas preguntas llevan a cuestionar la interpretación de la modalidad de la tentativa al delito de la violación. Sin duda, todas están ligadas al concepto mismo del delito, como se ha venido sosteniendo. Si la lógica es que lo grave es que se traspase la cavidad vaginal y no la imposibilidad de autodeterminarse sexualmente, viene de ello que no importa cuál razón diferente al desistimiento voluntario del autor sea por la que el pene no pase los labios vaginales. Incluso cuando esa causa que lo impide sea provocada por el mismo autor.

Lo anterior no quiere decir que la víctima deba resistirse a la acción. Esta claro que de la ausencia de resistencia no puede inferirse el consentimiento, como lo han establecido los estándares al respecto. Se trata de ver aquellos casos en que la resistencia sí ocurre y termina beneficiando al autor y considerando que la víctima no sufrió una vulneración a su derecho de autodeterminarse sexualmente.

El punto es el siguiente. Mientras el daño que sufre la víctima y del que penalmente se le protege siga estando en el interior físico y anatómico y no comprenda la violación como una invasión del cuerpo y una autentica imposibilidad de autodeterminarse sexualmente; y mientras no se entienda que ese concepto lleva a interpretar la figura de la tentativa en desmedro de la víctima y en beneficio irrazonable y desproporcionado al agresor, y no se

interprete tal figura desde la perspectiva de la víctima en tanto su resistencia no es independiente de la voluntad del autor; la práctica judicial seguirá reforzando estereotipos sexistas y discriminando a las mujeres por medio de sus fallos.

Es un cambio de paradigma en la interpretación de la violación y el concepto mismo del elemento de la penetración, el que se requiere para superar este gran obstáculo.

El hecho de que el delito de violación esté centrado en el elemento de la penetración, de manera que no se entienda consumada la violación hasta tanto no se sobrepasen límites anatómicos, se explica al ser la heterosexualidad el paradigma sexual en la supremacía masculina y estar definido el delito desde la lógica de los genitales masculinos (Mackinnon, 1995).

El elemento de la penetración es definido desde la perspectiva del que invade, en cuanto es un verbo que pone el acento en la acción del sujeto activo y no sobre quien se comete⁵⁶, la pérdida o el daño que se genera es el que sufre la víctima, pero es también leído masculinamente.

Mackinnon (1995) explica claramente esta cuestión de la siguiente manera:

La invasión del pene en la vagina puede ser menos importante en la sexualidad de la mujer, sea placer o violación, de lo que es en la sexualidad masculina. Este elemento definitivo de la violación [la penetración] se centra en una pérdida definida masculinamente. (...)

Los daños en la dignidad, por no ser materiales, son efímeros en la mente legal [léase también: masculina⁵⁷] (...) lo que las mujeres pierden en la violación no solo es menos tangible: se considera irreal. (...)

⁵⁶ Por ejemplo, los delitos que se definen por causar “acoso”, “invasión”, “coerción” y “sufrimiento”, son entendidos desde la perspectiva de quien recibe la acción, no de quien la comete.

⁵⁷ Véase la nota a pie de página 53.

El problema es que el daño que supone la violación está en lo que el acto significa para la víctima [y por eso se protege penalmente], pero su criminalidad está en lo que significa para el agresor.(...)

Es un daño desde el punto de vista de la mujer, y solo es un delito desde el punto de vista masculino, incluido explícitamente el [del] acusado. (...)

El delito de la violación se define y sentencia desde la perspectiva masculina.

Así, en relación con los hallazgos del estudio, podría decirse que justamente las discusiones alrededor de la figura de tentativa de violación son las que manifiestan de manera muy evidente que esta es la lectura implícita en la interpretación del delito.

Y ese “hasta dónde o desde dónde” son preguntas que se responden desde la perspectiva del que comete la violación. El “hasta dónde quería y hasta dónde llegó” resuelven la figura de la tentativa del delito de violación. Es evidente: en nada se tiene en cuenta la perspectiva de la que sufre la penetración, o como corresponde decir, la violación.

La violación no necesariamente tiene que ser cometida por un hombre sobre una mujer, pero la lógica con la que se comprende el delito, es masculina.

La actual existencia de estándares más garantistas, pone en evidencia incuestionable que este tipo de descripciones típicas tiene que ser superado para corresponderse con una verdadera protección de la libertad sexual.

El Estatuto de la CPI, muestra por diferencia, cómo el verbo de penetración como acción prohibida puede —debe— superarse. Este estándar penal en el Derecho internacional, castiga el delito de violación, dentro de un tipo penal amplio de violencia sexual.

A diferencia del concepto de penetración, la acción de invasión cambia la perspectiva de lo que la ley penal busca proteger y castigar. Se sitúa desde la

mirada de quien sufre el delito y no desde quien lo comete, o desde la experiencia de quien interpreta la gravedad de los hechos⁵⁸.

Un tipo penal que no segregue anatómicamente es mucho más garantista, limita la libertad de interpretación judicial, dando mayor seguridad jurídica y protección para las víctimas.

Las consecuencias negativas de la descripción del tipo de violación que acá se exponen, son consecuencia de la naturaleza del tipo penal —como se ha reiterado— pero también de la naturaleza de la protección penal en general, de la libertad sexual. Esto es, la lógica con la que se delimitan varios tipos penales para proteger el mismo bien jurídico.

No todos los delitos sexuales son de la misma naturaleza de acción —violación, pornografía infantil, prostitución forzada—. Refiriéndonos a aquellos que comparten el castigo de la acción de “invadir” el cuerpo —utilizando el término del Estatuto de la CPI—, la lógica androcéntrica ha llevado a que su protección típica se haya ramificado en escala de gravedad separando delictualmente lo que consideran “actos sexuales violentos” de “acceso carnal violento”.

Esta separación ha contribuido a la interpretación del concepto de penetración, en un sentido por defecto: lo que no alcanza para calificar de violación, queda o en grado de acto sexual violento o en grado de tentativa. En este sentido, ha sido la penetración el elemento determinante para calificar la acción típica, encontrado en la figura de la tentativa, la mayor revelación de las consecuencias negativas de esta segmentación.

En el mismo sentido lo que hace el Código italiano es tomar en consideración esta situación y resolverla comprendiendo las acciones de naturaleza sexual invasiva dentro de un mismo delito, sin separar lo que es penetración de lo que

⁵⁸ En el informe de Amnistía Internacional (2011) se hizo explícita la “necesidad de desarrollo legislativo para adecuar de la manera más completa posible la legislación española a las definiciones internacionales en relación a violencia de género en el ámbito de la sexualidad y la reproducción. Al respecto pide especialmente prestar atención a las definiciones contempladas por el Estatuto de Roma” (p. 25)

no, justamente porque esta ya no es la acción que se castiga. Lo que prohíbe la ley penal internacional es que el cuerpo sea invadido con acción de naturaleza sexual, sin dejar campo para la innecesaria distinción de si los actos se centraron en los genitales, si fueron penetrados o casi penetrados.

La descripción del delito de violencia sexual que traen, tanto el Estatuto de la Corte Penal, como el Código de Italia, hace evidente que la posibilidad de que pueda existir una intención inconclusa de invasión es muchísimo menor que una intención inconclusa de penetrar, como se describe el tipo en el Código español. Y ello por la misma naturaleza del verbo. Penetrar hace alusión a una lógica mecánica, mientras que invadir se relaciona más con el sufrimiento causado a la víctima.

En el delito de violación en el que la penetración es el verbo rector, su definición está dada más por lo que es la conducta en sí misma, valorable solo desde una lógica mecánica, anatómica y objetiva, en el sentido de la palabra en que se refiere a “objetos”. No es una descripción que ponga el énfasis de la penalización en lo que la víctima sufre, sino en lo que el autor hace. La modificación del delito y su interpretación a la luz del caso *Karen Tayag vs. Filipinas* del Comité de la CEDAW (2010), ya señala que la penetración no debe ser el elemento central ni del delito ni del ejercicio probatorio, sino que debe centrarse en el sufrimiento de la víctima en tanto la ausencia de su consentimiento para los hechos.

Esto no es sino el resultado de que quien describe el delito —el legislador— generalmente no es la “víctima” sino el “autor”, en lo que a los géneros se trata. Esa es la incidencia de la perspectiva masculina en la penalización de la violación como delito, que pone el acento en la acción —que es de lo que ese género tiene experiencia propia—y no en la consecuencia.

Las fragmentaciones de las partes del cuerpo y las descripciones mecánicas de los hechos, que al final lo que persiguen es una regulación en la severidad de la punición para el procesado, no solo no se corresponden con la verdadera naturaleza, muchas veces intangible, del crimen de violencia sexual. Además,

constituyen un arma de doble filo para la mujer, cuando aparentemente amparada por la existencia de la legislación que castiga los hechos de los que fue víctima, el enfrentarse a la prueba de lo sucedido puede ser aún más doloroso y victimizante que los hechos mismos.

Sentencias como las de Akayesu (1998) y Furundzija (1998) de los Tribunales Penales Internacionales de Ruanda y Ex Yugoslavia son también un ejemplo de la posibilidad de abordar el crimen sexual desde la perspectiva de la víctima y no del perpetrador. Precedentes que llevan a plantearse que la violación es mucho más que la penetración, pudiendo incluso ser cometida sin contacto físico. Toda la minuciosa discusión técnico-anatómica para alargar la protección a la libertad sexual, comprendiendo en la penetración el “coito vestibular”, se ahorraría y evitaría caer en prejuicios, si esta comprensión amplia de violación fuera posible en la interpretación del delito: “puede cometerse aun sin contacto físico”.

(Akayesu, 1998).

También, como lo señaló el TPIR, una descripción mecánica de los objetos y de las partes del cuerpo que intervienen en la comisión de la violación, no permite aprehender los elementos esenciales de este crimen. Por eso mismo, lo garantista, como lo hace el Tribunal, es tomar como referencia para el análisis de estos delitos la naturaleza del delito de la tortura, resaltando que en ella no se enumeran actos precisos de comisión, sino se concentra en el marco conceptual de la violencia castigada. Ello lo sustenta el Tribunal —y debería aplicarse así en todos los casos en donde se juzgue una violencia sexual— en tanto como la tortura, la violación es utilizada con fines de intimidación, degradación y humillación, y es ese dolor y sufrimiento el que la ley debe castigar⁵⁹.

⁵⁹ Como lo señaló un informe de Amnistía Internacional “cabe advertir, que la violencia de índole sexual bajo el derecho internacional puede ser constitutiva de otros crímenes como tortura, genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, entre otros. La legislación española, sin embargo, no desarrolla estas cuestiones ni bajo el Título XXIV. ‘Delitos contra la comunidad internacional’ ni en Título VII. ‘De las torturas y otros delitos contra la integridad moral’, lo que puede tener consecuencias en la persecución del delito y la determinación de las sanciones”. (2009, p.23)

Asimismo, como lo sostuvo el TPIY en el caso Tadic (1997) ningún motivo permite concluir que la corroboración forme parte del Derecho Internacional consuetudinario. Por su parte, en el caso Alekvoski (2000) es enfático en señalar que ni siquiera de peritos ni expertos es dable requerir corroboración del testimonio de la víctima.

Un ejemplo normativo revelador de una comprensión garantista del delito de violación, es el Código Penal italiano. Tal como se mostró a principio del documento, constituye un ejemplo nacional —incluso previo al Estatuto de Roma— de hacer compatible con los principios de Derecho Penal, la superación de las diferencias típicas entre los “actos sexuales violentos” y la “violación”, consolidando un delito amplio de “violencia sexual”.

Lo más interesante de esta cuestión es que las motivaciones que llevaron a la modificación legislativa, fueron justamente parte de las críticas que acá se traen al modelo del delito que castiga según sea penetración o no. Sostuvieron que eran inacabables judicialmente las discusiones sobre el alcance de este verbo, cayendo en debates anatómicos que dejaban muy mal la protección a la víctima.

Demuestra que un sistema penal nacional puede conciliar los principios rectores que protegen al procesado con los derechos de las víctimas. Hay una modulación que es precisa para ofrecer garantías también a quien sufre el delito.

Una revisión de las sentencias italianas que condenan por violencia sexual, en contraste con aquellas de cuanto existía la diferencia típica, muestran el gran giro que da la orientación de los debates judiciales. La figura de la tentativa deja de ser el comodín para aquellos casos en donde la “penetración completa” está en duda.

La diferencia entre los actos sexuales violentos que no comprenden penetración y los que sí, se disuelve para centrarse en demostrar y argumentar que los hechos vulneraron la libertad sexual de la víctima. Comprobada la

naturaleza sexual de los actos y la afectación a la libertad sexual, se configura el delito de violencia sexual. Las comprobaciones de trascendencia de los hechos queda para una discusión punitiva en relación con la gravedad del daño. El “¿desde dónde?” y “¿hasta cuánto?” ya no modulan la calificación del delito sino solo la pena, en un discurso en el que nominativamente se reconoce una violencia sexual y una vulneración al bien jurídico, sin entrar a examinar la relación del hecho con los límites anatómicos de la víctima.

En conclusión, sobre los hallazgos en relación con el concepto de penetración del delito de violación, se tiene que la figura de coito vestibular, la forma en que se interpreta y aplica la tentativa, y la exigencia de huellas como prueba, revelan: a) que existen prejuicios discriminatorios producto de una cultura patriarcal heterosexual en la aplicación de la ley penal y la resolución de los casos; b) que el tratamiento judicial que se le da a los casos estudiados distan de los estándares que internacionalmente se han establecido para la judicialización garantista de la violencia sexual; y c) que existen modelos de experiencias jurídicas que al compararse con el sistema español, hacen más reveladora la existencia de un problema de interpretación judicial que discrimina a las mujeres, que debe superarse también con acciones de modificación legislativa.

Los casos analizados a la luz de los estándares revelan la ausencia de una comprensión de género sensitiva que sitúe la realidad de los hechos en el contexto del sufrimiento de la víctima y no en la percepción de la gravedad de quien los interpreta.

2. Sobre la valoración de la declaración de la víctima

En materia de la valoración de la declaración de la víctima como prueba única del elemento de la penetración, se recogió en los resultados la jurisprudencia que reconoce la dificultad probatoria del delito de violación, así como los criterios firmemente sentados en la jurisprudencia bajo los que debería operar la valoración de la credibilidad de la víctima, aun más cuando ella es prueba única.

Sin embargo, en la revisión de fallos se encontraron tres aspectos problemáticos al respecto: la exigencia de corroboración, la experiencia sexual de la víctima como criterio para determinar su credibilidad; y las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia; que se analizan a continuación.

Se adelanta desde ya que el fundamento para identificar prejuicios en dichos aspectos problemáticos es el mismo: la judicatura interpreta lo que ve a la luz de sus propios pensamientos, creencias, experiencias y expectativas.

La violación es uno de los más difíciles delitos de judicializar como se ha expuesto a lo largo del trabajo. Cuando se enfrentan probatoriamente el dicho de la víctima con la presunción de inocencia del acusado, superar la duda razonable no es tarea fácil, aún más cuando los prejuicios sexistas influyen en la decisión más que los hechos mismos.

2.1 Corroboración del testimonio

Si bien la jurisprudencia ha desarrollado un marco amplio y aparentemente garantista para enfrentarse a los casos de violencia sexual, en el análisis del caso a caso, dichos estándares se filtran a través de las expectativas personales que sobre los hechos tienen quienes juzgan los casos. En este proceso, surgen sutiles criterios y exigencias que se convierten en obstáculos monumentales a la hora de lograr plena credibilidad del dicho de la víctima.

Como se vio en los resultados, la judicatura ha reconocido ampliamente la dificultad probatoria que enfrentan los casos de violencia sexual. Han advertido en múltiples ocasiones que la naturaleza de estos delitos es que tienen un carácter clandestino y oculto, que no permite la existencia de pruebas directas o testigos, más que la declaración de la propia afectada, pero que ella como tal tiene toda la entidad para desvirtuar la presunción de inocencia, en tanto no por ser el dicho de la víctima carece de habilidad probatoria.

Ha desarrollado unos parámetros, que no son exigencias ni reglas, sino criterios para valorar la declaración de la víctima, cuales son: la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud y la persistencia de la incriminación.

De manera general, estos criterios parecen asertivos y no vendrían a constituir un mayor problema. Sin embargo, al momento de adentrarnos al desarrollo que la jurisprudencia hace de ellos habría que hacer algunas precisiones para salvarlos.

En primer lugar, sobre la ausencia de incredibilidad, no queda claro a que se refiere la judicatura cuando señala la necesaria “ausencia de móviles espurios que pudieran resultar bien de las tendencias fantasiosas o fabuladoras de la víctima” (Caso N° 8). No queda claro bajo qué fundamento se afirma la existencia de esta “tendencia” en las víctimas y es un punto que no se desarrolla en otro lugar.

Sobre la persistencia, no parece haber mayor problema. Debe coincidir el testimonio en las reiteradas incriminaciones en su base y esencia fundamental, sin que pequeñas contradicciones sean relevantes.

Sin embargo, es sobre el criterio de la corroboración que se sientan los mas grandes disensos. Entre los mismos casos estudiados, incluso del Tribunal Supremo, se señaló que la corroboración a) es un parámetro meramente “conveniente” (Caso N° 14), b) que debe aplicarse “en la medida de lo posible” (Caso N° 10), c) que no es una regla ni exigencia (Casos N° 8, 10), y c) que la imposibilidad de darse tal contraste con otras pruebas esta justificada en la imposibilidad propia de la naturaleza de comisión del delito (Caso N° 8).

No obstante, se encuentran casos en donde en la parte de la exposición de la doctrina jurisprudencial se trae este criterio como un requisito objetivo y sin la justificación contextual de su imposibilidad, como lo matiza la sentencia del caso N° 8 (Casos N° 3, 7, 11, 13, 17), así como fallos en los que directamente se aplica al caso bajo estudio como regla objetiva restando la credibilidad del

dicho de la víctima por ser imposible la corroboración del mismo (Casos N° 10⁶⁰, 14).

Adicionalmente, la aplicación de la figura de la tentativa al grado de comisión del delito permitió evidenciar que esto resultaba de que el dicho de la víctima perdiera el peso probatorio para la acción de la penetración, no así para los otros elementos del delito, como la existencia de la violencia o la finalidad sexual del actor. Se vio así explícitamente en los casos N° 2, 3 y 5 en los que la declaración de la víctima es creíble en todo menos en el elemento de la penetración.

Los otros resultados problemáticos en relación con la corroboración como criterio de valoración son los que se descubrieron sobre la insuficiencia de la descripción del dolor como prueba de la penetración y la exigencia de la observación de la penetración para sustentar su credibilidad, como se vio en los casos N° 2 y 3.

Como ya se señalaba en el acápite de los resultados, está claro que cuando la declaración es lo único que sustenta la penetración, es prueba insuficiente al no estar corroborada; que fundar la existencia de la penetración en la sensación de dolor de introducción que sintió la víctima es una “pura manifestación subjetiva” sin valor corroborante al no ser un dato objetivo externo a la víctima; y que se atrevan a afirmar que el dicho sobre la penetración no es creíble porque la víctima no pudo observar la penetración, no es sino más de lo mismo, según lo cual tal “habilidad probatoria” y reconocimiento del valor de la prueba única de la declaración de la víctima es una excelente recopilación jurisprudencial de la que para el caso concreto se apartan.

Después del análisis de las sentencias en relación con la exigencia de corroboración en la declaración de la víctima, se podría concluir que, si bien la

⁶⁰ Curiosamente este es uno de los casos que advierte que tales criterios deben darse “en la medida de lo posible” y en su *ratio decidendi* considera de manera absoluta que no basta con la declaración de la víctima en tanto debe ser razonable al estar acompañada de datos, y para el caso bajo estudio no existe tal probanza suficiente. Ver el extracto del caso en la sección 2.2.1 Corroboración del testimonio.

jurisprudencia parecería haber avanzado en su tratamiento, teniendo en consideración las particularidades y contexto de comisión de ese delito, aparecen sentencias que siguen utilizando la doctrina generalizada sobre la necesidad de corroboración del testimonio o que en el análisis probatorio queda implícita la expectativa judicial de encontrar corroboración para considerar suficiente la prueba.

No parece que la judicatura en los casos que acá se estudian, tenga presente esa gran máxima del Tribunal español que dice que la imposibilidad de corroborar se justifica en la naturaleza misma de comisión del delito, ni tampoco los estándares internacionales que como se presentó en un principio establecen que cuando se trata de delitos sexuales, tal exigencia es improcedente. Concretamente, la Regla 63 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de la Corte Penal Internacional (2000) y la 96 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia.

Sobre la exigencia de corroboración, como lo mencionó el manual de legislación sobre la violencia contra las mujeres (ONU, 2010), el prejuicio que esconde tal requerimiento es que las mujeres están mintiendo, o una actitud paternalista que insinúa que la víctima está equivocada sobre lo que pasó .

Y el prejuicio no es solo que mienta, sino también que exagera. Las mujeres somos histéricas y vengativas. El que existan altos datos de sentencias absolutorias son interpretadas como indicador de que las mujeres mienten e interponen falsas denuncias, y no que no logró probar lo que le pasó (ONU, 2010)⁶¹.

Señala la Unidad contra la Violencia de Género del ayuntamiento de Sevilla, (2011), que el mito de la falsa denuncia es intencional. Provoca temor o

⁶¹ Al respecto es importante resaltar que según los datos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en España, el número de denuncias falsas por violencia de género representa el 0,01% del total, según la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2012. Datos obtenidos del diario digital [elmundo.es](http://www.elmundo.es/elmundo/2013/02/25/espana/1361819921.html), publicados el 25 de febrero de 2013, recuperado de <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/02/25/espana/1361819921.html>

incertidumbre en las mujeres a la hora de denunciar, pues este mito alienta a pensar que no van a ser escuchadas si interponen la denuncia, o como sucede en las sentencias que se estudiaron, que no van a tener credibilidad de su declaración.

Hay una subestimación del conocimiento del propio cuerpo y la sexualidad, lo cual les hace poner en duda las manifestaciones de la víctima, todo ello afectado por tener en mente cuál fue la forma en que sucedieron los hechos y por qué la víctima estaría diciendo tal cosa, en lugar de partir de su credibilidad.

Mientras que en las mentes de los jueces y las juezas existan creencias y prejuicios respecto del delito de violación y pensamientos estereotípicos sobre las víctimas, menor será la probabilidad de convencerles que la violación ocurrió sin la existencia de pruebas que lo corroboren.

Al mismo tiempo, este doble rasero que aparece en la valoración de los testimonios de las víctimas de violencia sexual en relación con otras víctimas y otros delitos, es evidencia de una práctica judicial que discrimina al mismo tiempo que refuerza y perpetua la violencia de género y obstaculiza su superación, como se vio en el caso Karen Tayag Vertido vs. Filipinas del Comité CEDAW (2010).

2.2 La experiencia sexual de la víctima

Uno de los aspectos problemáticos encontrados en las sentencias es la recurrencia a la experiencia sexual de la víctima para valorar su credibilidad. Al respecto, hay cuatro formas en las que la judicatura podría valorar la experiencia sexual de la víctima en relación con su credibilidad. Restando u otorgando credibilidad por que la víctima tiene una vida sexual activa⁶² o por

⁶² Aunque no fueron objeto de este estudio, un ejemplo de ello se puede ver en la STS 3557 del 2 de junio de 2005, M.P: Diego Antonio Ramos Gancedo. Este es un caso en el que se atribuye credibilidad a la víctima debido a su experiencia sexual anterior. Señala el fallo “que el médico-forense indique que los datos objetivos de agresión sexual son muy escasos e inespecíficos no equivale en modo alguno a negar categóricamente la existencia de aquélla, ya

que no tiene conocimientos debido a su poca o nula experiencia sexual.

Si bien es cierto sería aun mas degradante y discriminatorio restar credibilidad por tener una vida sexual activa o promiscua, como sucede en casos cuando a las víctimas se les acredita que han tenido varias relaciones sexuales en un corto tiempo con diversas personas⁶³, o cuando se establece que son trabajadoras sexuales⁶⁴, no deja de ser altamente problemático que se reste credibilidad sobre el testimonio de los hechos por no tener experiencia sexual.

En las sentencias analizadas se encontraron este último tipo de casos en los que la judicatura restó credibilidad a la víctima por no tener experiencia sexual. En este sentido puede verse, por ejemplo, el caso N° 2.

Dentro del estudio, este es el caso en el que se ve de manera más explícita la intromisión en la vida privada de la víctima, y la alusión a sus conocimientos en materia sexual como criterio para restarle credibilidad a su testimonio.

que una penetración vaginal efectuada con intimidación en una mujer adulta y con vida sexual activa o muy activa, puede perfectamente llevarse a cabo sin dejar señales objetivas del hecho". **Negrita fuera de texto original.**

⁶³ Por ejemplo la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, sala de casación penal, proceso 23909, sentencia del 4 de marzo de 2009.

⁶⁴ Por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, sala de casación penal, proceso 26427, sentencia del 2 de julio de 2008. En este caso se discutió la credibilidad de la víctima por ser una trabajadora sexual, entrando la Corte a valorar que dicha conducta no restaba credibilidad, sin embargo, entra a valora la vida íntima de la víctima en el siguiente sentido. Señala este fallo que "Hoy en día se considera que la labor de una trabajadora sexual puede estar motivada por circunstancias apremiantes que conducen al ejercicio de ella que en sí misma no significa perversidad moral en la persona que se dedica a esa ocupación, por lo tanto no le resta intrínsecamente credibilidad al testimonio de aquella". Vale la pena advertir que este argumento de la Corte contestaba a un alegato de la parte recurrente que indicaba que su ocupación la hacía "suficientemente fuerte para rechazar cualquier mecanismo de medio violento que pretenda ejercerse en su contra para lograr una satisfacción de lubricidad".

En este punto se resalta la sentencia del Tribunal Supremo de España 739 de 14 de julio de 2011 en la que, recogiendo toda la jurisprudencia en el mismo sentido, señala que "[p]or el contrario esta Sala ha estimado reiteradamente, desde antiguo SSTs. 17.11.71, 13.6.73, 24.11.78, 23.9.92, 29.3.94, 23.1.97, 20.7.98, 5.7.2000, 16.10.2002, y 18.10.2004, que la imposición violenta del acto carnal a una persona que ejerce la prostitución constituye delito de agresión sexual, ya que la persona afectada, con independencia del modo que vive su sexualidad, conserva la autonomía de su voluntad en orden a disponer libremente de su cuerpo y de la sexualidad que le es propia (SSTs. 1667/2002 de 16.10, 1239/2000 de 5.7, 819/2000 de 11.5, 61/2000 de 29.1. Doctrina que constituye una ineludible consecuencia de la definición del bien jurídico protegido como libertad sexual, es decir, una parcela básica de la libertad individual, lo que impone tutelar la autodeterminación sexual de todos los individuos en cada momento, sin que resulte aceptable, a efectos de tutela penal, transformar esta libertad en un valor meramente patrimonial, aun cuando el sujeto previamente, en uso de su libertad, haya comerciado con la sexualidad (STS. 11.10.2007)".

Es evidente el prejuicio que aparece respecto de solo poder estar segura de haber sido penetrada sexualmente —así fuere de manera vestibular— si se tiene alguna experiencia sexual previa. Incluso, deja ver la valoración implícita que indica que igual tener educación en la materia tampoco sería suficiente para identificar en una misma lo que es una penetración sexual. Aun así, si llegase a ser ello cierto, no esta así acreditado en la sentencia y resulta una mera apreciación subjetiva de quien juzga.

Como se vio, en la sentencia del caso N° 2, el Tribunal Supremo señala que la nula experiencia sexual de la víctima es un dato que pone en duda la existencia del acceso vestibular que se discute. Lo mismo el caso de la Audiencia Provincial de Logroño en el caso N° 3 cuando afirmó que la declaración de la víctima en lo que se refería a la penetración no era contundente y ello debía deberse a su falta de experiencia sexual. Igualmente el caso N° 5, que refiere que la víctima estaba impedida para dar mas precisiones sobre los hechos por su inexperiencia sexual.

Las sentencias presentadas anteriormente son indicativas de que en los tribunales españoles no existen aun plenas garantías para que las mujeres puedan acceder a la justicia. El tránsito judicial implica aún para algunas, una revictimización resultante de exponer su vida íntima al escrutinio judicial, aun más sin importar la edad de la víctima. Bien para darle credibilidad, o bien para restársela, como en los casos vistos, es una conducta que atenta de manera irrazonable, desproporcionada e innecesaria contra los mas esenciales derechos fundamentales. Es claramente una expresión de discriminación sexista.

Uno de los prejuicios que está detrás de utilizar la experiencia sexual como criterio para valorar la credibilidad, es la creencia de que las mujeres solo pueden tener conocimientos sobre la sexualidad a partir de la experiencia sexual con un hombre. Lo que es lo mismo decir que, si no se pone la mujer en relación con un hombre, su sexualidad no solo no se comprende sino no tiene sentido, al menos culturalmente.

Esta lectura no solo pone de presente la interpretación masculina de la sexualidad, esto es que si no se tiene coito no se sabe de sexualidad, sin considerar de alguna forma que puede haber sexualidad sin coito. También es evidencia de lo masculino-referente que se considera la sexualidad de la mujer: lo hetero-referente, dominación-referente, lo sumisión-referente. Antes de que exista la sexualidad de la mujer, ya tiene un lugar determinado por las expectativas del sexo masculino.

Mackinnon, (1995) en relación con la forma patriarcal como se ha concebido la sexualidad de la mujer explica que

los intereses de la sexualidad masculina crean lo que significa sexualidad como tal, incluida la forma normal de admitir y reconocer que se siente, se expresa, se experimenta, de un modo que determina la biografía de las mujeres, incluida la biografía sexual (...)

La “mujer” está definida por lo que el deseo masculino exige para despertarse y satisfacerse y es socialmente tautología de “sexualidad femenina” y “el sexo femenino” (...)

En el paradigma sexual concomitante, las normas vigentes de la atracción y la expresión sexual se funden con la formación y la afirmación de la identidad del género, de forma que sexualidad se iguala a heterosexualidad, que es igual a la sexualidad del dominio (masculino) y la sumisión (femenina)

Pero la experiencia sexual también puede obedecer al prejuicio según el cual entre mas experiencia se tenga, mas conocimientos, luego mas capacidad de haberlo impedido. Lo cual conlleva a otra idea prejuiciosa que indica de que tal vez sí lo quería: el “no” pero “sí”. Se relaciona la violación (violencia no deseada) con el sexo (violencia deseada), y por ende con el placer y el deseo.

Sin duda, los fallos judiciales que incorporaron la valoración de la experiencia sexual de la víctima como un criterio para medir su credibilidad, constituyen una práctica sexista y prejuiciosa como forma operativa de un estereotipo de género.

La consecuencia de ello es no solo degradar a la víctima y reforzar el discurso patriarcal hegemónico que avasalla la dignidad de las mujeres, sino implica la responsabilidad tanto del funcionario o funcionaria pública misma, ante la comisión de una vía de hecho que desconoce las normas constitucionales y los estándares de derechos humanos; como del Estado, en tanto incumplimiento de sus obligaciones internacionales para la erradicación de la violencia de género y la discriminación.

Como se mencionó en apartados previos en el documento, son ya muchos los estándares transnacionales que establecen la prohibición de la valoración de la experiencia sexual de la víctima como criterio de valoración o prueba. Se recuerdan la Regla 70 y 71 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma, y la Regla 96 de las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

También todos aquellos estándares que se recogieron en la sentencia T 453 de 2005 de la Corte Constitucional de Colombia, entre los que se destacan los casos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 12.350 contra Bolivia (2001) y 11.565 contra México (2001), del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Aydin contra Turquía (1994), M.C contra Bulgaria (1998), E. y otros contra el Reino Unido (2002). A nivel de cortes nacionales el caso R. V, Park (1995) y R. V. O Connor (1995) de la Corte Suprema de Canadá y otros del Tribunal Supremo de Dinamarca.

En sí misma, la sentencia de la Corte Constitucional establece que cualquier prueba o valoración que se refiera al comportamiento sexual o social previo o posterior a los hechos de la víctima, constituye una intromisión innecesaria, irrazonable y desproporcionada, que en nada aportan elementos de juicio sobre la forma como ocurrieron los hechos que se investigan, reproduciendo simplemente prejuicios sociales.

Igualmente, como lo sostiene la Organización de las Naciones Unidas en su Manual sobre legislación sobre la violencia contra la mujer, esta estrategia de incorporar la experiencia sexual termina trasladando el debate jurídico del

victimario a la víctima, viéndose injustificadamente vulnerada su intimidad —nuevamente—. Señala este documento que son necesarias leyes que de manera directa y expresa impidan la introducción de la prueba sobre violencia sexual, sin que puedan ser debilitadas por interpretaciones judiciales desfavorables (Naciones Unidas, 2010).

Bajo el fundamento de todo ello, puede decirse que aquellas sentencias estudiadas que utilizaron la experiencia sexual de la víctima como criterio de valoración, representan una práctica sexista, que discrimina al tiempo que desconoce derechos fundamentales, y a la luz de la CEDAW y los instrumentos que la desarrollan, como la recomendación N° 19, significa un incumplimiento de la obligación internacional de erradicación de la violencia contra las mujeres, en relación además con todos aquellos instrumentos internacionales y regionales que prohíben la discriminación.

2.3 Las reglas de la ciencia, la lógica y la experiencia

No es difícil encontrar la explicación de cómo han podido sostenerse todo este tiempo estas prácticas judiciales que incorporan prejuicios sexistas en la valoración de los delitos sexuales. Con las reglas de la ciencia, la lógica y la experiencia, la propia judicatura ha desarrollado la herramienta a partir de la cual una puerta se abre a la valoración subjetiva, personal y parcial de los hechos, revestida de legitimidad y validez por el sistema jurídico.

Es a través de esa entrada valorativa que se revela que lo que está operando como criterio de análisis son las percepciones, expectativas, prejuicios y subjetividades particulares sobre relaciones sexuales de quien toma la decisión.

Aun cuando en sí mismo no es un prejuicio sexista, es el medio a través del cual se legitima la valoración de hechos y pruebas con base en dichos prejuicios.

Por ejemplo, el fundamento de las exigencias de corroboración son producto

de lo que puede ser entendido como lógico o enseñado por las reglas de la experiencia para ser creíble.

Recuérdese lo relacionado con la aparente exigencia de observación de la penetración. ¿De dónde puede resultar que ello es posible, o por lo mínimo, probable que suceda? Las expectativas sobre lo que pudo o debió haber sucedido y no sucedió, son el criterio para convertir ello en un motivo de duda de la credibilidad de la víctima.

Véase en otro caso, la utilización de la experiencia sexual de la víctima como criterio para valorar la credibilidad. ¿De dónde resulta que es porque nunca se ha experimentado una penetración voluntaria o involuntaria que la mujer puede incurrir en error cuando manifiesta que fue violada?

Es decir, lo que se quiere poner en evidencia es que estas afirmaciones rotundas aparecen sin mayor sustento que su afirmación misma. No hay indicaciones de estudios científicos que digan que siempre quedan huellas cuándo un pene se introduce sin mucha profundidad en la parte vestibular. No hay sustento que afirme que una persona no puede tener certeza de haber sido penetrada, así fuere levemente, si nunca antes ha tenido experiencias sexuales.

No significa que lo anterior no pueda ser cierto. Lo que se resalta acá es la aparición de estas afirmaciones sin más fundamento que, al parecer, las reglas de la ciencia, la lógica o la experiencia.

No se puede apreciar en ello un prejuicio sexista en sí mismo, sino por el contrario es el medio legal a través del cual los prejuicios sexistas son incorporados como criterios de valoración.

Muchas teorías sostienen que las tales reglas universales de la experiencia, la lógica y la ciencia no existen como tal, sino que vienen a representar una forma determinada de ver las cosas. Por ejemplo, siguiendo a Freitag (2004), se afirma que el objetivo de las ciencias ha sido crear la objetividad como método, la cual a su vez es la herramienta más útil epistemológicamente para imponer

en la sociedad una forma determinada de ver las cosas, con la apariencia de que no es así. Es la creación de todo el andamiaje argumentativo para asegurar que pueden existir certezas, y que a ellas se puede llegar por medio de la razón.

Por su parte, Nieto (2003) advierte las limitaciones al conocimiento jurídico y señala la imposibilidad de las reflexiones “objetivas”, en tanto los y las juristas son seres humanos a quienes sus experiencias y el contexto afectan el criterio⁶⁵.

Ahora, si además a este análisis sobre la objetividad, las ciencias y la razón se incorpora una lectura desde el género, siguiendo a Cobo (2002) se puede afirmar que esos criterios epistemológicos son producto de la modernidad y responden a un proyecto político que busca mantener un estado de cosas, del que las mujeres resultábamos excluidas, desempoderadas y oprimidas.

De las pretensiones de la razón objetiva, trascendental y universal, hay que desconfiar porque esconden el reforzamiento de la estructura social patriarcal en la que el discurso de las experiencias femeninas está excluido y no nos representa (Benhabib, 1994).

De este modo, podría afirmarse que cuando se dice que la prueba será valorada de acuerdo con las reglas de la ciencia, la lógica y la experiencia, lo que se está introduciendo es una perspectiva masculina como criterio para valorar los hechos y las pruebas.

Son manifestaciones con aparente cariz universal y objetivo, de una lectura masculina de las cosas, en tanto el discurso hegemónico que ha consolidado las reglas de la lógica, los principios de la experiencia y las normas de la ciencia es masculino, en tanto ese es el género que históricamente ha ocupado el espacio público para producir el conocimiento en esos temas.

⁶⁵ En el mismo sentido ver los estudios de los autores Jerome (1993); Olivecrona (1992); Ruvalcaba (2008); Adorno (1997); Bohman (1991); Brockman (1993); White (1989); Horkheime, (2004); y Sayer (2000).

Es decir, para la materia bajo estudio, la credibilidad de una mujer víctima de violencia sexual está siendo valorada a partir de unos parámetros que no han sido contruidos con la participación del género femenino, sino por el contrario, expresan una percepción masculina del mundo. En otras palabras, se está valorando la credibilidad de unos hechos que generalmente sufren las mujeres, a partir de los principios de la experiencia masculinos. A partir de la perspectiva masculina de lo que la percepción femenina de los hechos debe ser. Esto aplica tanto para el concepto de penetración en la ley penal, como para la valoración judicial de la declaración de la víctima, como se vio en los casos estudiados.

Además, cuando se trata de aplicar ese criterio “objetivo” a la valoración de los casos de violencia sexual, especialmente a los delitos de violación, lo que sucede es una lectura e interpretación a partir de las creencias y pensamientos que de la sexualidad y su práctica se tienen.

Todo lo anterior quiere decir que, cuando la declaración de la víctima es prueba única, por ejemplo de la comisión de la penetración, en tanto no hay un método objetivo para probar la verdad de su testimonio, la percepción de su credibilidad deviene crucial para la toma de decisiones por parte de la judicatura. Pero si la credibilidad de la víctima no se puede determinar objetivamente, son los prejuicios y preconceptos que se tiene al respecto los que van a influenciar la decisión. Cómo ya se señalaba en otro momento,

El principal problema en la aplicación de estos criterios orientadores de la valoración probatoria, es que se pretende otorgar objetividad al sentido común que no es otro que los juicios de valor y vivencias personales. Es cuestionable que desde el derecho se pretenda subsumir con pretensiones de permanencia y universalidad criterios que permitan comprender la diversidad de las realidades sociales y psicológicas propias de la violencia sexual. Las formulas aplicadas fungen de racionales para hacer aparecer los prejuicios, preconceptos o las personales vivencias de quien juzga como saberes universales desconociendo la diversidad de respuestas que admite la subjetividad humana (Buenahora, et.al, 2009, p. 150)

Como lo señala Kahan (2009), la ley requiere que los tomadores de decisión infieran hechos que no pueden observar directamente como son los estados de la mente, nexos causales o riesgos, en esta inferencia los individuos gravitan en torno a percepciones que reflejan los intereses de su grupo, por ello mientras no se realice un análisis de género seguirá primando en estos conceptos una visión androcéntrica de los hechos de violencia.

Un estudio preparado por el Instituto australiano de Criminología, llevado a cabo por Denise Lievore (2004) sobre la toma de decisiones en la judicialización de casos de violencia sexual, encontró que los fiscales están más dados a perseguir casos de asalto sexual cuando:

- La víctima ha sufrido heridas

- La víctima física o verbalmente ha expresado la ausencia del consentimiento

- La violación fue severa (incluyó algún nivel de fuerza, amenaza o incluso uso de arma)

- Hay evidencia adicional que vincule al procesado con la violación

- El procesado usó la fuerza

- El procesado era un extraño para la víctima

Estos criterios fueron identificados por los fiscales a través de la experiencia, mediante la cual han desarrollado conocimientos sobre qué es lo que se evalúa en un caso de violencia sexual (Lievore, 2004).

No obstante lo anterior, el escenario más común de las violaciones es que no siempre son cometida por extraños, las víctimas no siempre piden ayuda, las heridas físicas son poco comunes y la mayoría de las víctimas denuncian tarde o nunca denuncian (Lievore, 2004).

Otro ejemplo, pero en positivo sobre la realidad de las perspectivas subjetivas en la valoración por parte de la judicatura, se conoce en la Ley sobre Acoso Sexual en Estados Unidos, en la que se establece que las ofensas de acoso se

juzgaran si son sexuales o no desde la perspectiva de una “mujer razonable”. Si bien anteriormente el estándar que se manejaba era el de una “persona razonable”, fue modificado a “mujer razonable” en tanto se aceptó judicialmente que el estándar de una persona “neutra de sexo” podría ignorar las experiencias de las mujeres (Shoenfelt, Maue y Nelson, 2002)⁶⁶.

Se estableció que aplicando el estándar de la “persona razonable” las Cortes podrían adoptar normas sociales que reflejaban comportamientos sexuales que fuesen aceptables para los hombres pero ofensivos para las mujeres (Shoenfelt, et al., 2002).

Si bien no es el caso de violación y mantiene la “razón” como el criterio, el estándar incorporado para la valoración del acoso sexual en Estados Unidos, es una muestra de los avances que a nivel legal y jurisprudencial se pueden ir dando, siempre y cuando se reconozca la realidad de la función judicial, en tanto sus fallos no son objetivos ni imparciales. Establecer política y jurídicamente medidas para limitar los prejuicios sexistas y, por el contrario, promover la incorporación de una perspectiva que incluya las experiencias de las mujeres.

Es necesario partir de la conciencia de que la judicatura no hace juicios objetivos sobre los hechos y las pruebas, pues generalmente interpretan lo que ven y lo que oyen basados en sus experiencias, conocimientos, actitudes, prejuicios y expectativas (Taylor, 2007).

Los jueces y las juezas tiene estereotípicas expectativas sobre cómo es una víctima “real” de violación, tienen expectativas sobre cómo se hubiere comportado antes, durante y después de la violación. Esas expectativas se contrastan con los hechos del caso, y afectan la percepción del relato de la víctima y de la interpretación y valoración de su testimonio.

⁶⁶ Véase en el mismo sentido Abrams (1997).

No se trata de entrar en un relativismo que haga incluso imposible el derecho y la actividad judicial. Se trata de reconocer que, al menos de los casos acá estudiados y en relación con ellos, la objetividad detrás de las reglas de la experiencia, la ciencia y la razón a las que se apelan para valorar, realmente responde a las percepciones subjetivas de la realidad que tiene quien falla el caso.

Si además los casos indican que tales percepciones subjetivas son sexistas y discriminatorias, se podrían estar desconociendo las obligaciones internacionales que piden al Estado tomar todas las medidas necesarias para eliminar de la ley, las políticas y las prácticas judiciales, todo aquello que en sí mismo sea o conlleve a una discriminación, por tanto a una práctica violenta contra las mujeres.

Identificar estos pensamientos y expectativas y entender qué efecto tienen en la valoración de los casos es esencial para comprender las barreras que impiden la superación de la impunidad. Solo cuando ello se pueda establecer, se sabrá hacia donde enfocar los objetivos de la educación como de las demás medidas que se tomen.

CAPÍTULO VII: RECOMENDACIONES

La naturaleza misma del derecho penal clásico ha implicado el mayor ofrecimiento de garantías para los victimarios que para las víctimas. En este sentido, es necesaria y urgente la evolución de este derecho para que module sus estructuras dogmáticas y así darle un rol principal de acción y protección a la víctima

El desafío es que el derecho penal y su aplicación incorporen los más altos estándares internacionales en materia de protección a las víctimas de violencia sexual.

Con base en las conclusiones de este estudio, que deben ceñirse únicamente a la acotada muestra, es posible hacerse a una idea de las recomendaciones sugeridas para superar los prejuicios sexistas y la discriminación de las mujeres en los procesos por delitos de violación.

Es necesaria una reforma legislativa penal en materia de los tipos penales sexuales, que se ajuste a los estándares más garantistas, como los que plantean el Estatuto de Roma de la CPI y sus Reglas de Procedimiento y Prueba. Como modelo de implementación puede seguirse la tendencia del actual código penal italiano en relación con la tipificación amplia del delito de violencia sexual⁶⁷. En todo caso, que sigan las recomendaciones del Comité CEDAW que pide que se elimine del delito de violación el elemento de la penetración, y se concentre en la ausencia del consentimiento de la víctima y el sufrimiento que los hechos le generan, como un daño a su libertad sexual e integridad personal.

⁶⁷ Es importante señalar que el Gobierno de España recientemente ha presentado una reforma al Código Penal que afecta directamente al título sobre los delitos sexuales. Sin embargo, las modificaciones que se proponen van en la vía de penalizar el matrimonio forzado, la publicación de imágenes o videos de contenido privado aunque hayan sido entregadas voluntariamente, el acoso sexual sin violencia, mayor protección a personas menores de edad. Ninguna toca el delito de agresiones sexuales de los artículos 178 y 179, en lo que a sus elementos se refiere. En todo caso, tal reforma sería una gran oportunidad para incorporar modificaciones en el sentido que acá se proponen. El anteproyecto del Gobierno para la reforma está publicado en el Boletín Oficial del Estado Núm. 276, del 16 de noviembre de 2012, Secc I, Pag. 79877. Recuperado de <http://www.boe.es/boe/dias/2012/11/16/pdfs/BOE-A-2012-14115.pdf>

Desde la actividad judicial, se deben tomar medidas sobre formación en derecho internacional de los derechos humanos, que permita la aplicación práctica de los instrumentos internacionales que protegen a las víctimas, especialmente los específicos sobre mujeres, así como de la jurisprudencia de los tribunales internacionales y demás estándares revisados en este documento. También, como lo mencionó el Comité CEDAW, asegurar la formación de la judicatura en la resolución género sensible de los delitos sexuales, dirigida especialmente a evitar que sus valoraciones morales personales, aun más cuando son sexistas, sean el criterio para valorar y decidir los casos (Karen Tayag Vertido vs. Filipinas, 2010).

Asimismo, crear espacios en los que la judicatura pueda conocer las experiencias de las mujeres en relación con los delitos sexuales, y en general de su sexualidad, de los que resulte la identificación de los prejuicios sexistas que pre ordenan sus percepciones al respecto. Por ejemplo, talleres de reflexión o dinámicas más humanas y menos académicas.

Directamente respecto de la producción de sentencias, tomar medidas para que se desarrollen cambios significativos en la interpretación y análisis de los casos de violación. En particular, metodologías de análisis flexibles que permitan incorporar la perspectiva de las víctimas, la comprensión de la violencia sexual como una forma de dominación, sus diversas expresiones y significados para las mujeres.

Sobre esto último, es importante que las víctimas puedan percibir que sus denuncias son recibidas con el apoyo de un escenario sensible, que incorpore el contexto histórico que les rodea, como prueba⁶⁸.

⁶⁸ Un caso internacional en el que literalmente se tomó el contexto histórico como prueba para determinar el análisis del caso, se conoce en la sentencia de Campo Algodonero de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Corte IDH, Caso González y otras, 2009). Esta autora considera que los casos de Gladys Carol Espinosa González contra Perú y J. contra Perú sometidos por la CIDH a la Corte en el 2011, son las nuevas oportunidades que tiene el Alto Tribunal interamericano de Derechos Humanos, para apostarle nuevamente a exámenes género sensitivos, que respondan a la realidad de la violación sexual, y atienda sin ambages la responsabilidad de los Estados respecto de los obstáculos que enfrentan las mujeres víctimas de este tipo de crímenes para conseguir justicia.

La apertura a considerar este contexto es fundamental para el análisis y valoración de las pruebas, especialmente en los casos en los que la justicia llega a conocer delitos de violación que se denuncian por primera vez después de mucho tiempo de sucedidos los hechos. En particular este requisito es indispensable para ajustar el nivel de exigencia de agencia de la víctima para conseguir la judicialización de su caso, en un escenario en el que la batalla decidida hasta conseguirla es una excepcionalidad.

El reto es reconocer la gravedad de la violación y su significado cultural, descentrar la prueba del crimen del cuerpo de la víctima y encontrar responsabilidades fuera del ámbito de la sexualidad, para ubicarla en un contexto histórico de discriminación basada en el género.

Y finalmente, desde una perspectiva epistemológico-jurídica, parece importante repensar el principio de la imparcialidad del juez. Tanto este como otros estudios similares⁶⁹ indican que la subjetividad juega un papel fundamental en la toma de decisiones, sugiriendo que la “imparcialidad” y “objetividad” son principios que en la práctica se diluyen a través del lente de quien valora los hechos y las pruebas. Y que tal persona hace parte de un sistema, una cultura y sociedad determinada de la que de su influencia no pueden escapar, incluso cuando tal es la de una realidad desigual para la mujer, violenta y sexista.

Resulta fundamental, como se hizo en este estudio, identificar cuáles son esos prejuicios que hay que superar, tomar medidas legislativas para que sea más difícil su incorporación en la valoración probatoria, y dar mayores espacios de contradicción en donde la invocación de un argumento, criterio o prueba sexista o discriminatoria pueda ser debatida, puntualmente sobre ese criterio y su comprobación tenga efectos de nulidad en los fallos.

La obligación de respetar los derechos de las víctimas de delitos sexuales es también deber de la defensa. Hay que limitar las estrategias defensivas. Parte

⁶⁹ Ver sobre este punto el acápite sobre los antecedentes y justificación de este estudio.

de la razón por la cual las sentencias son sexistas, es porque son de recibo pruebas de esta naturaleza ofrecidas por la defensa, y en la contradicción de tal argumento, es donde las valoraciones de la judicatura terminan siendo revictimizantes. Lo recomendable es que pudiesen ser rechazadas de plano, sin entrar a considerarlas, acreditando que son sexistas o discriminatorias, o celebrar audiencias específicas para debatir si una prueba es discriminatoria o no, y decidir sobre ello su introducción al juicio o no.

En todo caso, y sin ánimo al desaliento sino a la insistencia en la creación de la conciencia, no será suficiente buscar cómo alcanzar una igualdad, o lograr que dentro del sistema jurídico se tengan en cuenta las diferencias; tampoco conseguir que el lenguaje y la realidad nos representen. Es necesario comprender que la propia categoría que nos define como mujeres está producida y reprimida por las mismas estructuras de poder a través de las cuales se busca la emancipación (Butler, 2007).

Referencias

Bibliográficas

- ABRAMS, Kathryn. (1997). *New Jurisprudence of Sexual Harassment* , 83 Cornell L. Rev. Recuperado de <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1600>
- ADORNO, Theodor and HORKHEIMER, Max. (1997), *Dialectic of enlightenment*, Verso, p. 258;
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, (2011). *Violación y violencia sexual, leyes y normas de derechos humanos en la Corte Penal Internacional*. Recuperado de <http://www.amnesty.org/es/library/asset/IOR53/001/2011/es/e9e2dea0-f74f-46b5-8376-f30c32a0b3b6/ior530012011en.html>
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, (2009). *España, una vida sin violencia para mujeres y niñas. Las otras víctimas de violencia de género: violencia sexual y trata de personas*. Julio. Recuperado de <http://www.redxlasalud.org/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.DOC-345%232E%23pdf>
- BAEZ, Carolina, BARRAZA, Cecilia, BUENAHORA, Natalia, CAICEDO, Luz Piedad, y LOPEZ, Carolina. (2008). *La situación de las mujeres víctimas de violencia de género en el sistema penal acusatorio*, Bogotá, p.158
- BELTRÁN, Elena, *et al.* (2001). *Feminismos: debates teóricos contemporáneos*, Alianza, p. 288.
- BENHABIB, Seyla. (1994). *Feminismos y posmodernidad: una difícil alianza*. En C. Amorós (coord.), *Historia de la Teoría feminista*, Instituto de Investigaciones Feministas de la Universidad Complutense de Madrid y Dirección General de la Mujer de la Comunidad Autónoma de Madrid, p. 355.
- BODELON, Encarna, (comp.). (2012). *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, Ed. Didot, p. 400.
- BOHMAN, James, (1991) *New philosophy of social science*. Problems of indeterminacy, Polity Press, Great Britain, p. 273.

- BROCKMAN, Joan, Chunn, Dorothy E. (1993). *Investigating gender bias: law, courts, and the legal profession*, Thompson Educational Pub. p. 262
- BUENAHORA, Natalia, BENJUMEA, Adriana, POVEDA, Natalia, CAICEDO, Luz, y BARRAZA, Cecilia. (2010). *Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas*, Bogotá, p. 186.
- BUTLER, Judith, *El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad*, Paidós, 2007, p. 316.
- COBO, Rosa. (2002). *El declive de la posmodernidad Falta de plausibilidad del feminismo posmoderno*, en La Aljaba segunda época, Vol. VII. Recuperado de <http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/pubpdf/aljaba/n07a03cobo.pdf>
- COFRE, Cristian. (2010). *Los estereotipos y los prejuicios sociales*. Recuperado de <http://psicologialapch.blogspot.com.es/2010/10/las-relaciones-intergrupales-y-el.html>
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS– CIDH. (2007). *Informe sobre acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*. Organización de Estados Americanos. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 68, 20 de enero. Recuperado de <http://www.cidh.oas.org/women/Acceso07/indiceacceso.htm>
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS– CIDH. (2011). *Informe sobre acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*. Organización de Estados Americanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63, 9 diciembre. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/MESOAMERICA%202011%20ESP%20FINAL.pdf>
- CONSEJO DEL PODER JUDICIAL. (2009). *Estudio cualitativo y cuantitativo de casos sobre violencia de género*, Santo Domingo, 2009, p.15. Recuperado de http://www.observatoriojusticiaygenero.gob.do/documentos/transparencia/Estudio_cualitativo_cuantitativo.pdf
- COOK, Rebecca, CUSACK, Simone. (2010). *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, p. 270

- COOK, Rebeca, CUSAK, Simone. (2010). *Estereotipos de género: perspectivas legales transnacionales*. (PARRA, Andrea, Trad.), Profamilia, Bogotá, p.291.
- FACIO, Alda. (1995). *Cuando el género suena, cambios trae*, GAIA, Centro de las Mujeres, p.159.
- FELSTENER, William, ABEL, Richard y SARAT Austin. (1980 - 1981). *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming*, en *Law & Society Review* No. 15, p. 631. Recuperado de [http://www.stie-mandala.ac.id/hukum/V.%20Access%20to%20Justice_Legal%20Empowerment%20and%20Legal%20Aid/Felstiner_Abel_Sarat%20\(1981\)_Namin g.pdf](http://www.stie-mandala.ac.id/hukum/V.%20Access%20to%20Justice_Legal%20Empowerment%20and%20Legal%20Aid/Felstiner_Abel_Sarat%20(1981)_Namin g.pdf)
- FIRESTONE, Sulamith. (1993). *The dialectics of sex*, Quill, p. 224;
- FONDEVILA, Gustavo. (2009). *Ambigüedad social y moral pública en las decisiones judiciales*. En revista *La ventana*, vol.4, n.30, pp. 47-86
- FRANK, Jerome. (1993). *Derecho e incertidumbre*, Fontamara, p. 141;
- FREITAG, Michel, (2004). *El naufragio de la universidad: otros ensayos de epistemología política*, Pomares, p. 287.
- GALINDO, Luz. (2007). *Atractivo sexual femenino ¿biología o cultura?* Ed. Universidad de Guadalajara, México
- GALINDO, Luz. (2005). *Erotismo y conducta sexual*. Ed. Universidad de Guanajuato, México
- GUZMAN, Maricela, et. al. (2005). *Las epistemologías feministas y la teoría de género cuestionando su carga ideológica y política versus resolución de problemas concretos de la investigación científica*, Cinta de Moebio, marzo, No. 022, Universidad de Chile, Santiago. Recuperado de <http://www.facso.uchile.cl/publicaciones/moebio/22/guzman.htm>
- HEIM, Daniela, y BODELON, Encarna (coords.). (2010). *Derecho, género e igualdad : cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona. Recuperado de <http://158.109.129.18/centreantigona/docs/VOL1.pdf>

HONGHU KOH, Harold. (1996). *Transnational Legal Process*. Faculty Scholarship Series. Paper 2096, In Nebraska Law Review No. 75, p. 184.
http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2096

HORKHEIME, Max. (2004). *Eclipse Of Reason*, Continuum International Publishing Group, p. 129;

HUNTER, Rosemary, et al (eds.). (2010). *Feminist judgments: from theory to practice*, Hart Publishing, p. 504

KAHAN, Dan M. (2009). *Culture Cognition, and Consent: Who perceives What, and Why*, in 'Acquisition Rape' Cases. Public Law & Legal Theory Reserach Paper Series. (196): 3 y 19). Yale Law School. Recuperado de <http://papers.ssrn.com/abstract-1123807>

L'ABUSO SESSUALE NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO. (s.f). Recuperado de <http://www.cerchioblu.eu/LinkClick.aspx?fileticket=1pWORTOSWHI=&tabid=134&mid=633>

LIEVORE, D. (2004). *Prosecutorial decisions in adult sexual assault cases: an Australian study*. Canberra: Office of the Status of Women. Recuperado de <http://www.aic.gov.au/documents/5/E/A/%7b5EA20012-C1F3-4EFB-8FAD-E6C8F4E45DD6%7d2004-10-decisions.pdf>

LOPEZ, Diego. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis, p. 400.

MACKINNON, Catharine. (1995). *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra [etc.], p. 449

MATUS, Veronica y FRIES, Lorena. (1999). *El derecho, trama y conjura patriarcal*. Ed. LOM, Chile, p. 142

MILLER, Kate. (2000). *Sexual Politics*, University of Illinois Press, p. 397

MONTEPEQUE Fredy. (2013). *Informe: Sentencias de violencia sexual contienen estereotipos sexistas*, Agencia Guatemalteca de Noticias, Guatemala, 2 de abril. Recuperado de <http://www.agn.com.gt/index.php/component/k2/item/3587-informe-sentencias-de-violencia-sexual-contienen-estereotipos-sexistas>

- MOTTA, Cristina y SAENZ, Macarena, (eds.). (2008). *La mirada de los jueces: Género y sexualidad en la jurisprudencia latinoamericana*, Siglo del Hombre Editores American University Washington College of Law y Center for Reproductive Rights (coeds.)
- NIETO, Alejandro. (2003). *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Trotta, p. 94
- OLIVECRONA, Karl. (1992). *Lenguaje jurídico y realidad*, 2ª ed., Fontamara, México, p. 62;
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS – ONU. (2010). *Manual sobre legislación sobre violencia contra la mujer*, New York. Recuperado de <https://www.un.org/womenwatch/>
- SHOENFELT, Elizabeth, MAUE, Allison and NELSON, Joane. (2002). *Reasonable person versus reasonable woman: Does it matter?* American University Journal of Gender Social Policy and Law , Vol. 10:3, p. 633-672. Recuperado de <http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1453&context=jgspl>
- RODRIGUEZ, Maria Eugenia. (2011). *La persistente violencia contra las mujeres a pesar de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral frente a la Violencia de Género*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, en papeles El tiempo de los Derechos, N13. Recuperado de http://www.tiempodelosderechos.es/es/biblioteca/doc_download/48-la-persistente-violencia-contra-las-mujeres-a-pegar-de-la-lo-12004-de-medidas-de-proteccion-integra.html
- RUVALCABA, Jesús, (2008) *Ética, compromiso y metodología: el fundamento de las ciencias sociales*, Publicaciones de la casa chata, México, , cap. 2;
- SALGADO, Ana. (2007). *Investigación cualitativa: diseños, evaluación del rigor metodológico y retos*. En Liberabit, Revista de Psicología Universidad San Martín de Porres, Num.013, Perú. Recuperado de <http://revistaliberabit.com/es/>
- SAYER, Andrew. (2000). *Realism and social science*, Sage Publications, London, p. 211.

SMART, Carol. (1995) *Law, Crime and Sexuality: Essays in Feminism*, SAGE, 1995, p. 250

TAYLOR, Natalie (2007). *Juror attitudes and biases in sexual assault cases*, in Trends & issues in crime and criminal justice no. 344, Canberra: Australian Institute of Criminology, August

UNIDAD CONTRA LA VIOLENCIA DE GENERO. (2011). *Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género*, Material de formación, Ayuntamiento de Sevilla, España. Recuperado de <http://www.sevilla.org>

WHITE, Stephen. (1989). *The Recent Work of Jürgen Habermas: Reason, Justice and Modernity*, Cambridge University Press, , p.204;

ZOM, Jean. (2010). *The paradoxes of sexism: proving rape in the Papua New Guinea's courts*, en Lawaisa journal. Recuperado de <http://es.scribd.com/doc>

Instrumentos jurídicos

CIDH Caso 10970 Raquel Martín de Mejía contra Perú, Informe de fondo N° 5/96. (1996). Comisión Interamericana de Derechos Humanos,. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/fondos.asp#inicio>

CIDH Caso J. 11.769 contra Perú, Informe de fondo s.n. (2012). Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en Comunicado de Prensa del 2 de febrero de 2012. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/011.asp>

Código Penal de Alemania. (1998). Criminal Code in the version promulgated on 13 November, Federal Law Gazette, Translation of the German Criminal Code provided by Prof. Dr. Michael Bohlander. Last amended by Article 3 of the Law of 2 October 2009, Federal Law Gazette I p. 3214. Recuperado de <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes> [versión en inglés].

Código Penal de Chile. (1874). Ley de 12 de noviembre. Última modificación el 2 de febrero de 2013, mediante la Ley 20653 Recuperado de <https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-de-chile.pdf>

Código Penal de Colombia. (2000). Ley N° 599 de 2000. Diario Oficial No. 44097 del 24 de julio. Última modificación introducida por la Ley 1542 de 2012 de 5 de julio de 2012. Recuperado de <https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-de-colombia.pdf>

Código Penal de España. (1995). Ley Orgánica N° 10 de 23 de noviembre. Recuperado de http://www.ub.edu/dpenal/CP_vigente_2013_01_17.pdf

Código Penal de El Salvador. (1997). Decreto Ley 1030 del 26 de abril. Recuperado de <https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-de-el-salvador.pdf>

Código Penal de Francia. (1992). Ley 92-686 del 22 julio. Recuperado de <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719> [versión en francés].

Código Penal de Guatemala. (1973). Decreto 17-73 de 27 de julio. Recuperado de <https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo-penal-de-guatemala.pdf>

Código Penal de Honduras. (1983). Decreto 144-83 del 26 de septiembre. Recuperado de https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo_penal_de_honduras.pdf

Código Penal de Italia. (1930). Real Decreto 19 N° 1398. Modificado en materia de violencia sexual por la Ley de 1996. Recuperado de <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36653>

Código Penal de México. (1931). 14 de agosto. Recuperado de https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo_penal_federal_de_los_estados_unidos_mexicanos.pdf

Código Penal de Nicaragua. (2007). Ley 641 del 13 de noviembre. Recuperado de https://www.iberred.org/sites/default/files/codigo_penal_de_nicaragua.pdf

Comité CEDAW, Caso Karen Tayag Vertido vs Filipinas. (2010). Organización de las Naciones Unidas, CEDAW/C/46/D/18/2008, 16 de julio. Recuperado de http://www.iwraw-ap.org/protocol/doc/Karen_Tayag_Vertido_v_Philippines.pdf [versión disponible en inglés].

Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer – CEDAW. (1979). Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 34/180 del 18 de diciembre. Recuperado de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

Convención contra la tortura y otros tratos crueles inhumanos y degradantes (1984). Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 39/46, de 10 de diciembre. Recuperado de <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cat.htm>

Corte IDH, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. (2009). Sentencia de 16 de noviembre. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

Corte Constitucional de Colombia, (2005), sentencia T 453. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2005/T-453-05.htm>

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2009). Sala de Casación Penal, proceso 32107, sentencia del 18 de noviembre. Recuperado de <http://190.24.134.121/webcsj/Documentos/Penal/Genero/INDICE%20TEMATICO.pdf>

Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2009). Sala de Casación Penal, proceso 31948, sentencia del 27 de julio. Recuperado de http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/jurisprudencias_cuarto_trimestre_2009.htm

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional - ECPI . (1998). Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional, 17 de julio. Recuperado de [http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://untreaty.un.org/cod/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. (1998). Recuperado de <http://www.unict.org/Portals/0/English%5CLegal%5CStatute%5C2010.pdf> [versión disponible en inglés].

Estatuto del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia. (1998). Recuperado de http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf [versión disponible en inglés].

Juzgado penal del circuito de Medellín. (2008). Proceso 2008-05267, sentencia del 5 de agosto. En Buenahora et. al. (2010). *Estudio de la jurisprudencia colombiana en casos de delitos sexuales cometidos contra mujeres y niñas*, Bogotá, p. 186.

Recomendación No. 19 (1992). Comité de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW, Organización de Naciones Unidas. Recuperado de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>

Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de la Corte Penal Internacional. (2000). Organización de las Naciones Unidas, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add1. Recuperado de http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/legal%20texts%20and%20tools/official%20journal/Documents/RPE.4th.SPA.23Mar1800.pdf

Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia. (1998). Recuperado de <http://www.icty.org/sid/136> [versión disponible en inglés].

Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. (1998). Recuperado de <http://www.unict.org/Portals/0/English/Legal/Evidence/English/290695e.pdf> [versión disponible en inglés].

Suprema Corte Di Cassazione. (2012). Sezione III penale, Sentenze 37916 de ottobre 1°, Italia. En Vescio di Martirano, Valentino, *Violenza sessuale e ripensamento: le 50 sfumature della Cassazione*, *Altalex*, 18 ottobre 2012. Recuperado de <http://www.altalex.com/index.php?idnot=19484> [versión disponible en italiano].

Suprema Corte Di Cassazione. (2012). Sezione III penale, Sentenze 10516 de marzo 19, Italia. En Nel Diritto.it, Rivista Telematica di Diritto, Dissenso della vittima nel reato di violenza sessuale. Recuperado de <http://www.neldiritto.it/appgiurisprudenza.asp?id=7762#.UZxrjZUjmfQ> [versión disponible en italiano].

Suprema Corte di Cassazione. (2007). Sezione III penale, Sentenze 32228 de 7 ottobre, Italia. En el Diario digital LaRepubblica.it, *Cassazione: senza penetrazione lo stupro non è meno grave*, 7 de agosto 2007, Recuperado de <http://www.repubblica.it/2007/02/sezioni/cronaca/cassazione->

[sesso/sentenza-stupro/sentenza-stupro.html](http://www.icty.org/.../sentenza-stupro/sentenza-stupro.html) [versión disponible en italiano].

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia – TPIY, Tadic. (1997). Sala de Primera Instancia, *El Fiscal contra Dusko Tadic alias “Dule”*. Sentencia. 7 de noviembre de 1997. Recuperado de <http://www.icty.org/> [versión disponible en francés].

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia – TPIY, Furundzija. (1998). Sala de primera instancia, *El Fiscal contra Anto Furundzija*. Sentencia de 10 de diciembre de 1998, Recuperado de <http://www.un.org/icty> [versión disponible en francés].

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia – TPIY Alekvoski. (2000). Sala de apelación, *El Fiscal contra Zlatko Aleksovski, Detención*. 24 de marzo de 2000. Recuperado de <http://www.un.org/icty> [versión disponible en francés].

Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia – TPIY. (2001). Sala de Primera Instancia, *El Fiscal contra Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic Caso “Foca”*. Sentencia. 12 de junio de 2001. Recuperado de [http:// www.un.org/icty](http://www.un.org/icty) [versión disponible en francés].

Tribunal Penal Internacional para Ruanda – TPIR. (1998). Sala I, *El Fiscal contra Jean Paul Akayesu*. Sentencia. 2 de septiembre de 1998 Recuperado de <http://www.un.org/icty> [versión disponible en francés].

Tribunal Supremo de España. (2011). Sentencia STS 739/2011 del 14 de julio. Recuperado de <http://portaljuridico.lexnova.es/jurisprudencia/JURIDICO/77701/sentencia-ts-739-2011-sala-2-de-14-de-julio-agresion-sexual-declaracion-de-la-victima-dilaci>

Casos estudiados

Tribunal Supremo de España, Caso Nº 1. (2011). Sentencia STS 6254/11 del 30 de septiembre. Centro de Documentación Judicial – CENDOJ. Recuperado de [http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=TS&reference=6147308&links=&optimize=20111021&publicinterfa](http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=TS&reference=6147308&links=&optimize=20111021&publicinterface=true)
[ce=true](http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=TS&reference=6147308&links=&optimize=20111021&publicinterface=true)

Tribunal Supremo de España, Caso Nº 2. (2011). Sentencia STS 6248/11, del 29 de septiembre. Centro de Documentación Judicial – CENDOJ. Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=TS&reference=6147304&links=&optimize=20111021&publicinterface=true>

Audiencia Provincial de Logroño (La Rioja), Caso Nº 3. (2012). Sentencia SAP LO 116/12 del 27 de febrero. En Tirant Online, Portal de Recursos Electrónicos Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de <http://www.tirantonline.com.strauss.uc3m.es:8080/tol/documento/show/2490215?general=audiencia+provincial+de+logroño&searchtype=exacta&index=213>

Audiencia Provincial de Pontevedra, Caso Nº 4. (2011). Sentencia SAP PO 2737/11, del 25 de octubre. En Tirant Online, Portal de Recursos Electrónicos Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de <http://www.tirantonline.com.strauss.uc3m.es:8080/tol/documento/show/2276830?general=AUDIENCIA+PROVINCIAL+DE+VIGO&searchtype=exacta&index=94>

Audiencia Provincial de Murcia, Caso Nº 5. (2010). Sentencia SAP MU 1230/10, del 28 de abril. En Tirant Online, Portal de Recursos Electrónicos Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de <http://www.tirantonline.com.strauss.uc3m.es:8080/tol/documento/show/1886145?general=sexual&searchtype=exacta&index=67>

Audiencia Provincial de Toledo, Caso Nº 6. (2011). Sentencia SAP TO 131/11, del 3 de febrero. En Tirant Online, Portal de Recursos Electrónicos Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de <http://www.tirantonline.com.strauss.uc3m.es:8080/tol/documento/show/2095955?general=sexual&searchtype=exacta&index=26>

Audiencia Provincial de Barcelona, Caso Nº 7. (2011). Sentencia SAP B 2362/11, del 11 de marzo. En Tirant Online, Portal de Recursos Electrónicos Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de <http://www.tirantonline.com.strauss.uc3m.es:8080/tol/documento/show/2183814?general=sexual&searchtype=exacta&index=154>

Tribunal Supremo de España, Caso Nº 8. (2010). Sentencia STS 3840/10, del 6 de julio. Centro de Documentación Judicial – CENDOJ. Recuperado de <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/5678784/lesiones/20100729>

Audiencia Provincial de Badajoz, Caso Nº 9. (2012). Sentencia SAP BA 27/12, del 20 de junio. En Tirant Online, Portal de Recursos Electrónicos Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de <http://www.tirantonline.com.strauss.uc3m.es:8080/tol/documento/show/2607495?general=agresión+sexual+en+grado+de+tentativa&searchtype=exacta&index=7>

Audiencia Provincial de Barcelona, Caso Nº 10. (2012). Sentencia SAP B 30/12, del 5 de marzo. En Tirant Online, Portal de Recursos Electrónicos Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de <http://www.tirantonline.com.strauss.uc3m.es:8080/tol/documento/show/2515816?general=agresión+sexual+en+grado+de+tentativa&searchtype=exacta&index=0>

Audiencia Provincial de Pontevedra, Caso Nº 11. (2012). Sentencia SAP PO 39/12, del 29 de noviembre. En Tirant Online, Portal de Recursos Electrónicos Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de <http://www.tirantonline.com.strauss.uc3m.es:8080/tol/documento/show/3014218?general=violación+en+grado+de+tentativa&searchtype=exacta&index=6>

Tribunal Supremo de España, Caso Nº 12. (2012). Sentencia STS 103/12, del 27 de febrero. En Tirant Online, Portal de Recursos Electrónicos Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de <http://www.tirantonline.com.strauss.uc3m.es:8080/tol/documento/show/3014218?general=violación+en+grado+de+tentativa&searchtype=exacta&index=6>

Audiencia Provincial de Badajoz, Caso Nº 13. (2012). Sentencia SAP BA 146/12, de 7 de junio. En Tirant Online, Portal de Recursos Electrónicos Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de <http://www.tirantonline.com.strauss.uc3m.es:8080/tol/documento/show/2590255?general=agresión+sexual+en+grado+de+tentativa&searchtype=exacta&index=12>

Audiencia Provincial de Barcelona, Caso Nº 14. (2012). Sentencia SAP B 278/12, del 23 de marzo. En Tirant Online, Portal de Recursos Electrónicos Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de <http://www.tirantonline.com.strauss.uc3m.es:8080/tol/documento/show/2641326?general=violación+en+grado+de+tentativa&searchtype=exacta&index=2>

Audiencia Provincial de Sevilla, Caso Nº 15. (2012). Sentencia SAP SE 287/12, del 5 de mayo. En Tirant Online, Portal de Recursos Electrónicos

Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de <http://www.tirantonline.com.strauss.uc3m.es:8080/tol/documento/show/2631243?general=violación+en+grado+de+tentativa&searchtype=exacta&index=5>

Tribunal Supremo de España, Caso Nº 16. (2012). Sentencia STS 365/12, del 15 de mayo. En Tirant Online, Portal de Recursos Electrónicos Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de <http://www.tirantonline.com.strauss.uc3m.es:8080/tol/documento/show/2573938?general=tentativa+de+violación&searchtype=exacta&index=8>

Audiencia Provincial de Madrid, Caso Nº 17. (2012). Sentencia SAP MA 392/12, del 10 de julio. En Tirant Online, Portal de Recursos Electrónicos Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de <http://www.tirantonline.com.strauss.uc3m.es:8080/tol/documento/show/2624141?general=tentativa+de+violación&searchtype=exacta&index=10>

Audiencia Provincial de Barcelona, Caso Nº 18. (2012). Sentencia SAP B 489/12, del 4 de mayo. En Tirant Online, Portal de Recursos Electrónicos Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de <http://www.tirantonline.com.strauss.uc3m.es:8080/tol/documento/show/2599710?general=agresión+sexual+en+grado+de+tentativa&searchtype=exacta&index=5>

Tribunal Supremo de España, Caso Nº 19. (2012). Sentencia STS 580/12, del 10 de julio. En Tirant Online, Portal de Recursos Electrónicos Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de <http://www.tirantonline.com.strauss.uc3m.es:8080/tol/documento/show/2595473?general=agresión+sexual+en+grado+de+tentativa&searchtype=exacta&index=4>

Tribunal Supremo de España, Caso Nº 20. (2012). Sentencia STS 768/12, del 11 de octubre. En Tirant Online, Portal de Recursos Electrónicos Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de <http://www.tirantonline.com.strauss.uc3m.es:8080/tol/documento/show/2676270?general=tentativa+de+agresión+sexual&searchtype=exacta&index=3>

Audiencia Provincial de Barcelona, Caso Nº 21. (2012). Sentencia SAP B 808/12, del 17 de septiembre. En Tirant Online, Portal de Recursos Electrónicos Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de <http://www.tirantonline.com.strauss.uc3m.es:8080/tol/documento/show/2663407?general=tentativa+de+violación&searchtype=exacta&index=6>

Tribunal Supremo de España, Caso Nº 22. (2012). Sentencia STS 970/12, del 28 de noviembre. En Tirant Online, Portal de Recursos Electrónicos Universidad Carlos III de Madrid. En Tirant Online, Portal de Recursos Electrónicos Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de <http://www.tirantonline.com.strauss.uc3m.es:8080/tol/documento/show/2713054?general=violación+en+grado+de+tentativa&searchtype=exacta&index=4>

Audiencia Provincial de Madrid, Caso Nº 23. (2012). Sentencia SAP MA 1114/12, del 4 de septiembre. En Tirant Online, Portal de Recursos Electrónicos Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de <http://www.tirantonline.com.strauss.uc3m.es:8080/tol/documento/show/2662803?general=tentativa+de+agresión+sexual&searchtype=exacta&index=5>